J. austr.
12 3r

Füger

Systematische Darstellung

der

Rechtswirkungen

der

Einträge in die öffentlichen Bücher

nach den Grundsätzen

des

österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches

von

Max Füger von Rechtborn,

k. k. Oberlandesgerichts-Vice-Präsidenten, Ritter des k. k. österr. Leopold-Ordens,
Besitzer der goldenen Medaille V. U., Ehrendoctor der k. k. Lemberger
Universität.

Wien, 1865.

Verlag von Rudolf Lechner's k. k. Universitäts-Buchhandlung.

Vorrede.

Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Materie des dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen, einen der belangreichsten und zugleich schwierigsten Gegenstände des Privatrechtes, nicht zusammenhängend in einem besonderen Capitel, sondern in einigen wenigen, in verschiedenen Theilen des a. b. G. B. eingefügten Paragraphen, wiewohl eine ausführliche, klare Darstellung der Rechtsverhältnisse, welche durch die Einträge in die öffentlichen Bücher begründet werden, um so wünschenswerther wäre, als hiebei die römischen Institutionen nicht zur Grundlage dienten, sonach bei der Erörterung so vieler polemischer Fragen das römische Recht nicht zu Rathe gezogen werden kann, sondern zumeist zu analogen Bestimmungen des tief durchdachten und geistreich combinirten bürgerlichen Gesetzbuches Zuflucht genommen werden muß.

Kein Wunder also, daß die Praxis, selbst bezüglich der durchgreifendsten Grundsätze, sich nach entgegengesetzten Principien richtet. Diese Wahrnehmung bestimmte bewährte Praktiker, als: die Landrechts-Präsidenten von Rozbierski [1]), von Wittig [2]), Ritter von Ordacki, von Aussez [3]), den Landrechts-Vice-Präsidenten von Zlobitzky, den Hofrath von Benoni, den Wiener Magistratsrath von Kopezky, den Advocaten und Professor Dr. M. Schuster, den Appel-

---

[1]) Rozbierski beschränkt sich lediglich auf die Erläuterung des gal. Landtafel-Patentes mit Rücksichtnahme auf das gal. b. G. B.

[2]) Wittig's: Tractatus de Tabula Galiciensi, ist bis auf den heutigen Tag das einzige Handbuch für die galizischen Richter in Tabularangelegenheiten, beschränkt sich aber zumeist auf die Erläuterung des gal. Landtafelpatentes über das Verfahren und die Erfordernisse der Intabulation und Pränotation.

[3]) Aussez erläutert zumeist die Vorschriften über das Verfahren in Grundbuchsangelegenheiten.

lationsrath Gspan, die Advocaten Dr. Ritter von Minasiewicz *) und Dr. von Wildner, einzelne werthvolle Abhandlungen über mannigfache, das Tabularrecht betreffende Controversen zu liefern.

Vor Allem muß jedoch die classische, lichtvolle und sehr belehrende Abhandlung des hochgefeierten Appellations-Vice-Präsidenten Freiherrn von Pratobevera: „Bruchstücke über einige Grundzüge eines zweckmäßigen Instituts der öffentlichen Bücher," gerühmt werden **).

Nicht minder haben die hervorragendsten Commentatoren des a. b. G. B., Hofrath von Zeiller, Hofrath von Nippel, Regierungsrath Ritter von Winiwarter, Dr. von Stubenrauch, Dr. von Ellinger, an den bezüglichen Stellen auch die Rechtsfolgen der bücherlichen Einträge einer eindringlichen Erörterung unterzogen, und Dr. Haimerl treffliche Abhandlungen verfaßt.

So schätzenswerth das seit einem halben Jahrhundert angewachsene Material ist, so fehlt es doch bis zur Stunde an einer Monographie über das Tabularrecht.

Dies veranlaßte mich, den Versuch zu wagen, die weit auseinandergehenden Ansichten der Rechtsgelehrten über die Rechtswirkungen der Einträge in die öffentlichen Bücher, einer eingehenden Prüfung zu unterziehen, und das Ergebniß derselben in einer systematisch geordneten Darstellung der Oeffentlichkeit zu überliefern. Hiebei hoffe ich den angehenden Juristen das Studium einer der wichtigsten Materien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches erleichtert, und wenigstens Gelegenheit geboten zu haben, durch die Erörterung der Gründe und Gegengründe, einen so belangreichen und anziehenden Gegenstand, welcher den Scharfsinn des denkenden Juristen so sehr in Anspruch nimmt, mit aller Eindringlichkeit zu untersuchen.

Lemberg, im October 1864.

Der Verfasser.

---

*) Sehr beachtenswerth ist dessen systematische Darstellung des Tabularbesitzes.

**) Prat. Materialien, Bd. VIII., S. 310—388.

Inhalt.

Erster Theil.

Zweiter Abschnitt.

Einfluß der früheren Ueberreichung des Einverleibungsgesuches.

Dritter Abschnitt.

Einfluß der Redlichkeit des Erwerbers auf die Rechtswirkungen der Einverleibung.

Zweite Abtheilung.

Rechtswirkungen der Intabulation bezüglich der Erwerbung des Hypotheken- und Servitutsrechtes.

Erster Abschnitt.

Zweiter Abschnitt.

Rechtswirkungen der Einverleibung eines Pfandrechtes im Falle der Veräußerung der verpfändeten Realität.

Dritter Abschnitt.

Vierter Abschnitt.

Fünfter Abschnitt.

Pfandrecht des Kaufschillingsrestes.

Sechster Abschnitt.

Rechtswirkungen der Simultanhypotheken.

Dritte Abtheilung.

Erlangung des Besitzrechtes durch die Intabulation.

Zuläßigkeit der Nothwehr.

Wann ist ein Besitz als verloren anzusehen.

Berechtigung zur Provisorialklage.

Zweiter Theil.

Rechtswirkungen der Pränotation.

Dritter Theil.

Rechtswirkungen der grundbücherlichen Anmerkungen.

Erster Theil.

Rechtswirkungen der Intabulation.

§. 1.

Die Eintragung in die öffentlichen Bücher begründet Rechte nicht nur für die Eingetragenen, sondern auch für dritte Personen, welche im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher diese Rechte ganz oder theilweise an sich brachten, oder denen vom Einverleibten gewisse Rechte (Pfand-, Servitutsrechte) eingeräumt wurden.

Diese Rechte sind nach Verschiedenheit der Einträge (Intabulation, Pränotation und Anmerkung) verschieden.

Vor Allem werden wir erörtern, welche Rechtswirkungen mit der Intabulation verbunden sind.

Erste Abtheilung.

Erlangung des Eigenthumsrechtes durch die Intabulation.

§. 2.

Der vornehmste Zweck der Einführung der öffentlichen Bücher ist die Begründung der Sicherstellung der Rechte, Beseitigung kostspieliger Prozesse, Förderung des Realcredits und sofort Belebung des Handels und Verkehrs. Je belangreicher und nachhaltiger die wohlthätigen Folgen des Instituts der öffentlichen Bücher sind, desto mehr mußte die Gesetzgebung zu bewirken bemüht sein, die Eigenthümer zu bestimmen, von dieser Wohlthat Gebrauch zu machen und ihre Rechte auf unbewegliche Sachen in den öffentlichen Büchern eintragen zu lassen.

Dieß konnte die Gesetzgebung auf zweifachem Wege erreichen. Entweder durch die Einführung des Intabulationszwanges, oder durch die Verbindung gewisser Vortheile mit der Einverleibung, welche die Auslagen der Intabulation aufwiegen.

Sie hat das letztere gewählt und festgesetzt, daß das Eigenthum unbeweglicher Sachen nur durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erlangt werden könne. Diese Anordnung enthält der §. 431 des a. b. G. B.:

„Zur Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden."

In den Orten, wo sogenannte Landtafeln, Stadt-, Grundbücher oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind, besteht sonach der indirecte Intabulationszwang insofern, als im Falle der Nichtintabulirung das Eigenthum gesetzlich nicht anerkannt wird.

Diejenigen, welche gegen die Einführung der Grundbücher überhaupt eingenommen sind, werden es um so weniger billigen, daß den Besitzern unbeweglicher Güter dort, wo öffentliche Bücher bestehen, dieser indirekte Intabulationszwang auferlegt wird, als die Errichtung eines Tabularkörpers und die Bewirkung der Intabulation mit nicht geringen Auslagen verbunden sind, und so wohlthätig das Institut der Grundbücher sein mag, Wohlthaten, die mit bedeutenden Kosten verbunden sind, Niemanden aufgedrungen werden sollen. Wogegen jedoch bemerkt wird, daß dem Staate nicht die Berechtigung abgesprochen werden könne, ein Institut, welches auf die Förderung der allgemeinen Wohlfahrt vom größten Einflusse ist, auch zwangsweise einzuführen, daß sonach um so weniger an der Berechtigung zu zweifeln ist, die Intabulation zwar nicht zur Pflicht zu machen, aber nur mit derselben gewisse Vortheile zu verbinden.

§. 3.

Wiewohl im Gesetze der Grundsatz aufgestellt ist, daß das Eigenthum unbeweglicher Sachen nur durch die Einverleibung in die öffentlichen Bücher erlangt werden könne, so folgt daraus noch nicht, daß jeder Einverleibte thatsächlich an und für sich als Eigenthümer anzuerkennen ist.

Wohl erfreut sich der Einverleibte besonderer Begünstigungen, aber die Erwerbung des Eigenthums wird durch die bloße Einverleibung noch nicht bewirkt.

Wir wollen nun in Betrachtung ziehen, welche Begünstigungen dem Einverleibten zugedacht wurden, und unter welchen Bedingungen er sogar ein unanfechtbares Eigenthum erlangt, wenngleich er die Sache von einem Nichteigenthümer überkommen hätte.

Zu diesem Behufe werden wir vor Allem die Erfordernisse der Erwerbung des Eigenthums unbeweglicher Sachen erörtern.

Erster Abschnitt.

Erfordernisse der Erlangung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen.

§. 4.

I. Zur Erlangung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen ist vor Allem erforderlich, daß der Intabulirte dieselbe mittelst eines rechtmäßigen Titels überkommen habe.

Daß die österreichische Gesetzgebung den Einverleibten nicht auch in dem Falle als Eigenthümer anerkennen wollte, wenn er das Recht nicht im Grunde eines rechtmäßigen Titels erwarb, ist aus der Anordnung des §. 380 des a. b. G. B. klar: „Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden."

Eine Ausnahme von dieser Regel findet nach §. 1477 des a. b. G. B. nur bezüglich Desjenigen statt, der die Ersitzung auf einen Zeitraum von 30 oder 40 Jahren stützt.

II. Der Vormann, von welchem das Recht abgeleitet wurde, muß bereits als Eigenthümer eingetragen sein.

Dieses Erforderniß erhellet aus der Bestimmung des §. 431 in Verbindung mit der Anordnung des §. 432 des a. b. G. B. „Zur Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden." „Vor Allem ist zur Einverleibung in das öffentliche Buch nothwendig, daß Derjenige, von dem das Eigenthum auf einen Andern übergehen soll, selbst schon als Eigenthümer einverleibt sei."

Wird das Eigenthum von einem nicht einverleibten Vormanne abgeleitet, so kann dasselbe nur in folgenden Fällen erworben werden: a) im Falle für das Gut noch kein Tabularkörper errichtet ist, und das Gut außerbücherlich erworben werden soll; oder b) wenn bezüglich des Gutes zwar ein Tabularkörper besteht und in demselben der unmittelbare Ueberlasser des Eigenthumes zwar noch nicht eingetragen erscheint, wohl aber dessen unmittelbarer oder mittelbarer Vormann einverleibt ist; und c) wenn sich der Einverleibte auf die Ersitzung beruft.

Insbesondere aus dieser letzteren Anordnung geht unzweifelhaft hervor, daß nicht jeder Intabulirte, der die Erwerbung auf einen

rechtmäßigen Titel stützt — sogleich Eigenthümer wird, sondern erst die Ersitzungszeit abzuwarten habe.

Auch ist es zur Aufrechthaltung des Zweckes der öffentlichen Bücher keineswegs erforderlich, daß der Intabulirte, der von einem nicht intabulirten Vormann die Sache überkommen hat, geschützt werde; denn er hat bei der Erwerbung keineswegs im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher verhandelt, welche seinen Vormann nicht als Eigenthümer ausweisen; es kann also auch von einer Täuschung durch die öffentlichen Bücher keine Rede sein.

In Ansehung eines dritten redlichen und rechtmäßigen Erwerbers ist aber der Einverleibte, wie wir im weiteren Verfolge dieser Abhandlung nachweisen werden, — soll der Zweck der öffentlichen Bücher erreicht werden, — allerdings als Eigenthümer anzusehen.

§. 5.

Ist es zur Erwerbung des Eigenthumes erforderlich, daß der intabulirte Vormann wirklich Eigenthümer sei?

Nachdem wir dargethan haben, daß durch die Intabulation an und für sich das Eigenthum unbeweglicher Sachen nicht erworben wird, und daß selbst der rechtmäßige und redliche Besitzer, wenn er die Sache von einem nicht intabulirten Vormann überkommen hat, in der Regel nur nach Verlauf der Ersitzungszeit Eigenthümer wird, wollen wir nun auf die Erörterung einer der belangreichsten Streitfragen übergehen, ob auch in dem Falle, wenn der rechtmäßige und redliche Erwerber einer unbeweglichen Sache dieselbe zwar von einem intabulirten Vormann, der aber gleichwohl nicht Eigenthümer ist, überkommt, erst den Verlauf der Ersitzungszeit abwarten müsse, oder aber durch die Intabulation das Eigenthum erlange?

Das unterliegt wohl keinem Zweifel, daß der Zweck der Errichtung der öffentlichen Bücher es erheische, das Vertrauen auf dieselben nicht abzuschwächen, und daher jedem neuen Erwerber die Beruhigung zu verschaffen, daß, wenn er durch einen rechtmäßigen Titel redlich von einem intabulirten Vormann ein Recht erworben hat, dieses nicht mehr angefochten werden könne, wenn auch der Vormann durch irgend einen betrügerischen Akt, von dem der neue Erwerber keine Wissenschaft hatte, ganz widerrechtlich in den Tabularbesitz gelangte. Andererseits darf aber im Interesse der öffentlichen Bücher allein in das Privatrecht nicht zu tief eingegriffen werden. Das ist, wie bereits der hoch-

gefeierte Rechtsgelehrte Pratobevera bemerkte, eine der schwierigsten Aufgaben der Gesetzgebung, die Anordnungen des bürgerlichen Gesetzbuches mit dem Zwecke des Instituts der Grundbücher der Art in Einklang zu bringen, daß einerseits Rechtsgrundsätze in ihren Grundpfeilern nicht erschüttert, andererseits aber auch dem Zwecke des Instituts möglichst Rechnung getragen werde. Meines Bedünkens hat die Gesetzgebung diesen Anforderungen vollkommen entsprochen. Daß sie Denjenigen, der ohne allen Rechtsgrund gleichwohl die Intabulation erschlichen hat, für seine Person, nicht als Eigenthümer anerkennt, beeinträchtigt keineswegs den Zweck dieses Instituts, und verletzt nicht die natürlichen Rechtsgrundsätze; denn leitet der Impetrant (was durch falsche Urkunden immerhin möglich ist) sein Recht von einem intabulirten Vormann ab, so würde die Gesetzgebnng durch die Anerkennung seines Eigenthumes in Folge der erschlichenen Intabulation, gegen alle Rechtsgrundsätze, durch Beschützung eines verbrecherischen Aktes gewaltig verstoßen. Aber auch die Aufrechthaltung des Zweckes der öffentlichen Bücher fordert nicht einen so widerrechtlichen Ausspruch, indem die öffentlichen Bücher nicht zum Schutze der Verbrecher, sondern zur Sicherung der Rechte redlicher Besitzer auferlegt werden. Leitet der Impetrant seinen unrechtmäßigen und unredlichen Besitz von einem nicht intabulirten Vormann ab, so hat er ohnehin nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt, daher in diesem Falle von der Anerkennung seines Eigenthumes behufs der Erzielung des Zweckes der öffentlichen Bücher zu seinen Gunsten ohnehin keine Rede sein kann. Anders verhält sich aber die Sache, wenn der Impetrant ein rechtmäßiger und redlicher Erwerber ist und sein Vormann gleichwohl nicht Eigenthümer ist.

Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden.

a) War der Vormann des rechtmäßigen und redlichen Erwerbers noch nicht intabulirt, so ist, wie bereits nachgewiesen wurde, gar kein Grund vorhanden, den wenngleich redlichen und rechtmäßigen Erwerber als Eigenthümer anzuerkennen, denn zufolge der Voraussetzung hat er die Sache nicht vom Eigenthümer überkommen, sein Vormann ist nicht intabulirt; es mangelt ihm demnach eine der zur Erlangung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen erforderlichen Hauptbedingungen (§. 432 des a. b. G. B.), und da die Erwerbung nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erfolgte — weil der als Eigenthümer sich ausgebende Vormann nicht eingetragen erscheint, so kann auch von der Anerkennung des Eigenthums behufs der Aufrechthal-

tung des Zweckes der öffentlichen Bücher keine Rede sein, und nur die Ersitzungszeit kann ihm zu statten kommen.

b) Wenn aber der Vormann bereits intabulirt und gleichwohl nicht Eigenthümer war, so nimmt nach unserem Dafürhalten die österreichische Gesetzgebung den neuen redlichen und rechtmäßigen Erwerber der Art in Schutz, daß sie ihm das unanfechtbare Eigenthum sogleich vor Verlauf der Ersitzungszeit, so wie den Erwerbern beweglicher Sachen in den Fällen des §. 367 des a. b. G. B. zuspricht.

Bei der Erörterung unseres aufgestellten Satzes wollen wir zuerst die Gründe, welche gegen unsere Behauptung geltend gemacht werden könnten, anführen.

§. 6.

Einwendungen.

Zur Begründung der Ansicht, daß das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher und die Redlichkeit des Erwerbers, so wie der rechtmäßige Titel, nach den bestehenden Gesetzen, nicht die Wirkung habe, daß der neue Erwerber sogleich Eigenthümer werde, könnte man sich

1. vor Allem auf die Anordnung des §. 423 des a. b. G. B. berufen, nach welcher das Eigenthum bei der mittelbaren Erwerbung nur dann erlangt wird, wenn es von dem Eigenthümer auf einen Andern übergeht. Nachdem aber der Vormann die Intabulation widerrechtlich erwirkte und thatsächlich nicht Eigenthümer war, so fehlt auch Demjenigen, der vertrauend auf die öffentlichen Bücher von einem Intabulirten und gleichwohl Nichteigenthümer eine Realität an sich brachte, eine wesentliche Bedingung der Erwerbung des Eigenthumes. Im bürgerlichen Gesetzbuche wird zwar festgesetzt, daß dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, Niemand als Eigenthümer eines liegenden Gutes angesehen werden könne, der nicht als solcher eingetragen ist; dagegen ist der hiervon sehr verschiedene Grundsatz, daß Jeder, der als Eigenthümer einverleibt wurde, als solcher angesehen werden müsse, nirgends ausgesprochen.

2. Zur Förderung des Verkehrs hat zwar das Gesetz von der allgemeinen Regel der §§. 423 und 425 des a. b. G. B. — „daß zur Erwerbung des Eigenthumes bei der mittelbaren Erwerbung vor allem erforderlich ist, daß der Ueberlasser selbst Eigenthümer sei, dann daß der Erwerber einen Rechtstitel habe, und daß die rechtliche

Uebergabe erfolge" — Ausnahmen zugelassen, welche Ausnahmen aber nur bei beweglichen Sachen im §. 367 des a. b. G. B. zu Gunsten der redlichen Erwerber eintreten; sonst aber wird nur nach Verlauf der Ersitzungsfrist, beim Mangel des ersten Haupterfordernisses (ad delendum vitium auctoris) beim Eintreffen der Bedingungen der Ersitzung und nach §. 1477 des a. b. G. B. bei der 30- und 40jährigen Ersitzung, auch beim Mangel des rechtmäßigen Titels, dem Besitzer das Eigenthumsrecht zugesprochen.

Eine weitere Ausnahme kommt aber im bürgerlichen Gesetzbuche nicht vor *).

3. Im Conflicte des wirklichen Eigenthümers mit dem bloßen redlichen und rechtmäßigen Besitzer hat demnach das a. b. G. B. im §. 366 dem Eigenthümer, den natürlichen Rechtsgrundsätzen entsprechend, den Vorzug gegeben, und ihm das Recht eingeräumt, seine Sache von jedem Inhaber zu fordern. Der wenngleich redliche Besitzer hat daher dem Eigenthümer in der Regel die Sache zurückzustellen, und ist nicht einmal berechtigt, von ihm den Preis, welchen er seinem Vormanne für die ihm überlassene Sache gegeben hat, zu fordern (§. 333 des a. b. G. B.). Von dieser Regel hat das Gesetz nur wenige Ausnahmen zugelassen, und insbesondere im §. 366 des a. b. G. B. erklärt, daß das Vindicationsrecht Demjenigen nicht zustehe, welcher eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigenthümer war, in seinem eigenen Namen veräußert, in der Folge aber das Eigenthum derselben erlangt hat. In weiterer Erwägung, daß die Ausübung

*) Daß der Fall des §. 824 des a. b. G. B. keine weitere Ausnahme enthält, wird zwar nicht von allen Commentatoren zugegeben, scheint mir aber aus der Festsetzung dieses Paragraphs in Verbindung mit der Anordnung des §. 329 des a. b. G. B. klar hervorzugehen; denn im §. 824 wird der redliche vermeintliche Erbe nur in Ansehung der Nutzungen und des Aufwandes (§. 330, §. 331 des a. b. G. B.) dem redlichen Besitzer gleichgestellt, bleibt sonach, wenn er mittlerweilen ein Verlassenschaftsstück veräußerte, verantwortlich, während ein dritter redlicher Besitzer, der mittlerweilen vom vermeintlichen Erben ein Verlaßstück an sich brachte, dem redlichen Besitzer auch bezüglich der Substanz gleichgestellt wird, sonach im Falle der Veräußerung derselben Niemanden verantwortlich ist. Dieß ist meines Erachtens der einzige Unterschied zwischen dem redlichen vermeintlichen Erben und dem dritten redlichen Erwerber. Beide haben die Sache, z. B. eine Uhr, einen Garten, wenn sie noch im Besitze derselben sind, so wie jeder andere redliche Besitzer zurückzustellen — in wiefern sie aber nicht mehr im Besitze wären, ist der Erbe und nicht auch der dritte verantwortlich, d. i. hat nur der Erbe und nicht auch der dritte den Werth zu ersetzen.

dieses dem Eigenthümer kraft des Eigenthums zustehenden Rechtes auf den Verkehr auf das nachtheiligste influiren würde, wenn jeder Käufer einer beweglichen Sache, um sicher zu sein, darüber erst Nachforschungen pflegen müßte, ob denn der Ueberlasser thatsächlich Eigenthümer sei, — hat die Gesetzgebung, abgehend von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ein rein positives Gesetz im §. 367 des a. b. G. B. erlassen, und in wenigen Ausnahmsfällen den Nachtheil, welchen die Ausübung des Eigenthumsrechtes dem Verkehre zufügen würde, zu beseitigen gesucht. Aber selbst bezüglich der beweglichen Sachen, bezüglich welcher die Erlangung der Gewißheit, daß der Ueberlasser wirklich Eigenthümer ist, nicht so leicht erlangt werden kann — welche überdies in der Regel von geringerem Werthe und weit zahlreicher sind als die unbeweglichen, — hat die Gesetzgebung nur wenige Ausnahmen zugelassen *), und es kann ihr füglich nicht zugemuthet werden, daß sie eine bloße Förmlichkeit über das Eigenthum selbst erheben und anordnen soll, daß der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache sein Vindicationsrecht gegen Denjenigen verliere, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher die Sache an sich brachte. Würde es in der Absicht des höchsten Gesetzgebers gelegen sein, die Eigenthumsklage auch gegen den rechtmäßigen und redlichen Besitzer, der sein Recht von einem intabulirten Besitzer ableitet, nicht zuzulassen, so würde diese Ausnahme wohl auch entweder im §. 367 oder an einer anderen Gesetzesstelle ausdrücklich angeführt worden sein, was jedoch nicht der Fall ist.

4. Als weitere Begründung der Ansicht, daß der redliche und rechtmäßige Besitzer nicht sogleich als Eigenthümer anzusehen sei, wenngleich sein Vormann in den Grundbüchern eingetragen erscheint, kann ferners die Vorschrift des §. 1467 des a. b. G. B. geltend gemacht werden, nach welcher auch der rechtmäßige und redliche Besitzer, welcher jedoch sein Recht von einem Nichteigenthümer ableitet, mag dieser Vormann die Intabulation bereits erschlichen haben oder nicht — erst nach Verfluß der Ersitzungszeit das Eigenthum erwirbt. Würde man sonach annehmen, daß derjenige, welcher von einem intabulirten Vormanne die Sache übernimmt, durch die Intabulation sogleich

*) Insbesondere wurde unter die Ausnahmsfälle des §. 367 des a. b. G. B. der Ansichbringer eines Viehstückes von einem durch ein ordnungsmäßig ausgestelltes Eigenthumszeugniß sich legitimirenden Verkäufer gegen den wirklichen Eigenthümer nicht geschützt.

Eigenthümer wird, so fände die Anordnung des §. 1467 nie eine Anwendung.

5. Es könnte ferners entgegnet werden, daß bereits die Landtafelpatente für Galizien, Böhmen und Mähren, so wie das a. b. G. B. die Bestimmung enthalten, daß jede Intabulation binnen der Frist von 3 Jahren (18 Wochen) impugnirt werden könne, und daß der Intabulirte erst nach Ablauf dieser Frist ein unanfechtbares Recht erlange. Da nun diesfalls kein Unterschied gemacht wird, ob der Intabulirte als erster Tabularbesitzer erscheine, oder ob sein Vormann bereits intabulirt war, so könne die Behauptung nicht aufgestellt werden, daß derjenige rechtmäßige und redliche Tabularbesitzer, dessen Vormann intabulirt war, sogleich das Eigenthumsrecht erlange.

6. Endlich kann eingewendet werden, daß unserer Behauptung die Festsetzung des §. 442 des a. b. G. B. entgegenstehe, da nach derselben niemand an Andere mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat. War demnach der intabulirte Vormann nicht Eigenthümer, so kann auch der Uebernehmer das Eigenthum nicht erhalten.

§. 7.

Widerlegung der Einwendungen.

Wir wollen nun versuchen, die gegen unsere Behauptung, daß der redliche und rechtmäßige Erwerber eines unbeweglichen Gutes, in wiefern er sein Recht von einem Vormanne ableitet, der bereits in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer erscheint, sogleich als Eigenthümer anzuerkennen sei und sonach als solcher intabulirt werden könne, geltend gemachten Gegengründe zu widerlegen.

ad 1. Bezüglich des der Anordnung des §. 423 des a. b. G. B. entnommenen Argumentes ist jedoch nicht zu übersehen, daß die Regel des §. 423 des a. b. G. B. eben nur als Regel aufgestellt ist, und von dieser Regel im a. b. G. B. mannigfache Ausnahmen vorkommen.

Als eine derlei Ausnahme ist auch der vorliegende Fall zu betrachten, indem das Gesetz selbst, die im §. 423 aufgestellte Regel in den folgenden Paragraphen bei unbeweglichen Sachen, bezüglich des Erfordernisses, daß der Uebertrager Eigenthümer sein müsse, modificirte. Denn im Einklange mit dem im §. 380 des a. b. G. B. aufgestellten Grundsatze: „Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden", setzt der §. 425 des a. b. G. B. fest: „Der bloße Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dinglichen Rechte überhaupt können außer den im Gesetze

bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden." Als Cardinalerfordernisse der Erlangung des Eigenthumes werden demnach der rechtmäßige Titel und die rechtliche Uebergabe bezeichnet.

Wie die Uebergabe bei unbeweglichen Sachen zu geschehen habe, bestimmt der §. 431 des a. b. G. B.

„Zur Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden." Daß der Uebertrager unbeweglicher Sachen selbst Eigenthümer sein müsse, wird im weiteren §. 432 des a. b. G. B. nicht festgesetzt, sondern als Bedingung der Erwirkung der Intabulation (d. i. der bei unbeweglichen Sachen vorgezeichneten rechtlichen Uebergabe) lediglich die bereits bewirkte Intabulation des Vormannes gefordert, gleichviel, ob er thatsächlich Eigenthümer ist oder die Verbücherung nur auf eine widerrechtliche Weise erschlichen hat. Nach den eben bezogenen Paragraphen ist demnach zur Erlangung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen (versteht sich, dort wo Grundbücher eingeführt sind) jedenfalls a) der rechtmäßige Titel, b) die Einverleibung des Vormannes und c) die Intabulation des neuen Erwerbers erforderlich, und da von der weiteren Bedingung, daß der Vormann thatsächlich Eigenthümer sein müsse, bezüglich der Erwerbung intabulirter Realitäten keine Erwähnung gemacht wird, so dürfte man wohl zu der Annahme berechtigt sein, daß in diesem Falle das Eigenthumsrecht des Vormannes kein besonderes Erforderniß der Erwerbung des Eigenthumes intabulirter Realitäten bilde. Es geht also schon aus den bezogenen Gesetzesstellen die Richtigkeit des Satzes hervor: „Zur Erwerbung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen ist nicht erforderlich, daß der intabulirte Vormann wirklich Eigenthümer sei."

§. 8.

Die im §. 367 des a. b. G. B. vorkommenden Ausnahmen berechtigen nicht zu der Annahme, daß es keine anderweitigen Ausnahmsfälle gebe, in welchen ein Eigenthum erworben wird, wiewohl der Vormann nicht Eigenthümer war.

ad 2. Die Einwendung, daß das Gesetz im §. 367 des a. b. G. B. die Fälle anführt, in welchen das Eigenthum von Sachen erworben wird, wenngleich der Vormann nicht Eigenthümer war, — unter welchen Fällen die Erwerbung von einem intabulirten Vormann nicht angeführt erscheint, würde wohl mit Grund entgegnet werden

können, wenn wir die Behauptung aufstellen würden, daß das Eigenthum einer beweglichen Sache, wenngleich von einem Richteigenthümer übernommen, auch außer den erwähnten Fällen sogleich erworben werden könne. Unsere Behauptung bezieht sich aber auf die Erwerbung unbeweglicher Sachen, sonach können derselben Vorschriften, welche über bewegliche Sachen erlassen wurden, füglich nicht entgegnet werden *). Will man sich Raths erholen, was bezüglich der Erwerbung unbeweglicher Sachen, die einen Gegenstand öffentlicher Bücher bilden, Rechtens sei, so hat man auf die bezüglichen Bestimmungen zu reflektiren', welche, wie wir ad 1. nachgewiesen haben, uns den Aufschluß geben, daß zur Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen zwar erforderlich ist, daß der Vormann einverleibt, keineswegs aber auch, daß er thatsächlich Eigenthümer sei.

§. 9.

Der Umstand, daß die Gesetzgebung den obigen Satz nirgends ausdrücklich ausspricht, steht unserer Behauptung nicht entgegen.

ad 3. Wahr ist es, daß mit dem Rechte des Eigenthümers, jeden Andern von dem Besitze seiner Sache auszuschließen, auch das Recht verbunden ist, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern. Von dieser Regel finden aber mannigfache Ausnahmen statt, und wenn auch bezüglich der Erwerbung unbeweglicher Sachen im Gesetze keine ausdrückliche Festsetzung darüber enthalten ist, daß auch Derjenige, welcher im Grunde eines rechtmäßigen Titels, redlicher Weise eine Sache von einem intabulirten Vormanne an sich brachte, gegen die Eigenthumsklage geschützt sei, — so glauben wir doch aus der Combinirung der Gesetzesstellen §§. 380, 425, 431, 432 nachgewiesen zu haben, daß zur Erlangung des Eigenthumsrechtes unbeweglicher Sachen dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, der rechtmäßige Titel, die rechtliche Uebergabe und die Intabulation des Ueberlassers genüge. Die Festsetzung, daß jeder dritte rechtmäßige und redliche Besitzer, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher eine intabulirte Realität an sich brachte, als Eigenthümer anzuerkennen sei, wenngleich sein Vormann thatsächlich nicht Eigenthümer war, — greift eben so wie die

*) Hofrath Zeiller hat bereits in seinem Commentar, §. 367 bemerkt, daß bezüglich der Erwerbung der Rechte, welche einen Gegenstand öffentlicher Bücher bilden, ganz andere Vorschriften gelten.

übrigen im §. 366 und 367, dann in dem Hauptstücke von der Ersitzung angeführten Ausnahmen, in das Eigenthumsrecht ein, erscheint aber, um den Zweck der Errichtung der öffentlichen Bücher zu erzielen, eben so nothwendig, als die oben erwähnten Ausnahmen. Wo bliebe denn sonst auch nur eine Spur von öffentlicher Sicherheit, frägt Pratobevera *) mit Recht, wenn ein Dritter, der aus einem eigenen Rechtstitel, nicht als Cessionar, dingliche Rechte erwirbt, die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Rechtstitel seiner Vorgänger zu untersuchen hätte? Mit der Begünstigung, daß man nach Verlauf der dreijährigen Ersitzungszeit ein unanfechtbares Eigenthum erwirbt, würde bezüglich des Verkehres und der Rechtssicherheit noch wenig geholfen sein; denn wer wird sich wohl in den Kauf von Realitäten einlassen, wenn er dadurch nur ein persönliches Recht gegen den Verkäufer, der mitunter kein anderweitiges Vermögen besitzt, gewinnt, und mit Bangigkeit abwarten müßte, ob innerhalb der drei Jahre nicht etwa der Rechtstitel des intabulirten Vormannes, wegen Verletzung über die Hälfte, Zwang, Betrug, Minderjährigkeit u. s. w. angefochten werden wird.

§. 10.

Die Festsetzung des §. 1467 berechtigt nicht zu dem Schluß, daß das vom Nichteigenthümer überkommene Recht stets ersessen werden müsse, wenngleich der Vormann intabulirt war.

ad 4. Die weitere Einwendung, daß das Gesetz Denjenigen, welcher von einem Nichteigenthümer im Grunde eines rechtmäßigen Titels auf redliche Art eine unbewegliche Sache an sich bringt, offenbar nicht sogleich als Eigenthümer ansehen wolle, weil es im §. 1467 des a. b. G. B. dem rechtmäßigen und redlichen Besitzer einer unbeweglichen Sache, auf dessen Namen dieselbe in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, erst nach drei Jahren das Eigenthumsrecht gewährt, — beruht auf einer irrigen Auffassung der Vorschrift der bezogenen Gesetzesstelle. Nur dann, wenn der bezogene Paragraph die Anordnung enthalten würde, daß der intabulirte Besitzer, welcher sein Recht gleichfalls von einem intabulirten Vormann ableitet, die Sache gleichwohl erst ersitzen müsse, falls der Vormann nicht Eigenthümer war, würde durch diese Anordnung unwiderlegbar erwiesen werden, daß der rechtmäßige und redliche Besitzer, ungeachtet sein Vormann verbüchert ist, nicht sogleich Eigenthümer wird.

*) Mat. B. 8, S. 352.

Der §. 1467 des a. b. G. B. enthält aber nur im Allgemeinen die Anordnung, daß im Falle der Besitzer intabulirt ist, er zur Ersitzung eine kürzere Frist benöthige. Daß sich die Festsetzung dieses Paragraphes auch auf jene intabulirten Besitzer beziehe, welche ihr Recht von einem intabulirten Vormann ableiten, ist aus dem Inhalte desselben nicht zu ersehen. Es kann demnach aus diesem Paragraphe ein direktes Argument zur Widerlegung unserer Ansicht nicht entnommen werden. Es wird zwar in der bezogenen Gesetzesstelle, auch nicht insbesondere erwähnt, daß die Anordnung sich nur auf jene intabulirten Besitzer beziehe, welche ihr Recht nicht von einem bereits Intabulirten überkommen haben; sonach könnte man einwenden, ubi lex non distiguit, nostrum non est distinguere — und sofort die Behauptung aufstellen, daß der intabulirte Besitzer ohne Unterschied, ob sein Vormann bereits verbüchert war oder nicht, nur durch die Ersitzung das Eigenthum erwerben könne. Will man aber aus dem Umstande, daß der in Frage stehende Paragraph keinen Unterschied macht, ob der Ersitzende die Sache von einem intabulirten oder nicht intabulirten Vormanne erhielt, ein Argument für die Behauptung entnehmen, daß die Ersitzung in beiden Fällen einzutreten habe, so könnte man wohl auch mit eben dem Rechte behaupten, daß die Ersitzung auch dann nothwendig sei, wenn der intabulirte Besitzer das Recht vom wirklichen Eigenthümer überkommen hat, weil auch dieser Fall im §. 1467 nicht ausgeschlossen erscheint.

So wie der allgemein lautende Ausspruch des bezogenen Paragraphes nicht im Wege steht, denselben nur auf den Fall zu beschränken, wenn der Intabulirte sein Recht von einem Nichteigenthümer ableitet, so wird wohl auch nichts hindern, die Festsetzung des Paragraphes noch weiter zu beschränken, und ihn lediglich auf den Fall zu beziehen, wenn der Vormann nicht intabulirt ist, sobald aus anderen Gesetzesstellen nachgewiesen wird, daß die Gesetzgebung die Ueberkommung von einem intabulirten Vormanne der Erwerbung vom Eigenthümer ganz gleichstellen wolle.

Die Einwendung, daß die Anordnung des §. 1467 gar keine Anwendung fände, wenn sie nicht auch auf den Fall der Erwerbung von einem intabulirten Vormann bezogen wird, zerfällt durch die Betrachtung, daß die Intabulation des neuen Erwerbers auch bewirkt werden kann, wenngleich der Vormann in den öffentlichen Büchern nicht eingetragen ist, zumal wenn die Realität noch nicht einverleibt ist und der neue Erwerber erst einen Tabularkörper errichten läßt.

Hat nun der Erwerber sein Recht von einem Nichteigenthümer abgeleitet, so findet der §. 1467 seine volle Anwendung.

§. 11.

Frühere gesetzliche Bestimmungen.

ad 5. Bei der Einführung der öffentlichen Bücher, durch welche die Sicherheit der Rechte gefördert werden sollte, mußte vor Allem die Frage gelöst werden, ob durch die Intabulirung sogleich ein unanfechtbares Recht erworben werde.

Diese Frage wurde, um durch die Einführung der öffentlichen Bücher den Zweck derselben nicht gänzlich zu verfehlen, und um nicht betrügerische Vorgänge aller Art in Schutz zu nehmen, dahin gelöst, daß die Einverleibung noch durch 3 Jahre und 18 Wochen angefochten werden könne. Dieses Recht der Anfechtung ist aber nicht allgemein gegen jede Intabulation zugestanden worden.

Das G. P. räumt im VII. Absatze dem Schuldner, falls er eine Intabulation bestreiten wollte, dieses Recht innerhalb der Frist von 3 Jahren und 18 Wochen ein, und verfügt im XVI. Absatze: Cum evenire possit, quod quapiam intabulata et expost persoluta aut fors plane falsa seu fabricata scripta debitorea in Tabulis existerent, proinde respectu talium scriptorum terminum 3 annorum et 18 septimanarum in hunc finem præsentibus præfigimus, — ut intra tale tempus, prima nempe intabulata et expost persoluta adeoque sine causa in tabulis existentia scripta debitorea denuo extabulentur, posterioribus vero talis falsitas debite opponatur, et demonstretur.

Eben so verfügt der §. 32 des B. P.: „Von dem in Böhmen und Mähren in dem Klagrechte, odpor genannt, üblich gewesenen Förmlichkeiten kömmt es in soweit ab, daß einem Jeden, der die Giltigkeit einer landtäflichen Urkunde aus rechtsbewährten Gründen zu bestreiten Willens ist, unbenommen bleibt, darüber eine ordentliche Klage in Zeit von 3 Jahren und 18 Wochen, nach dem Tage der geschehenen Einverleibung bei dem Landrechte, als gehörigem Gerichtsstande einzureichen."

Aus diesen Gesetzesstellen ist zu ersehen, daß das Impugnationsrecht nur gegen Denjenigen eingeräumt wurde, der entweder im Grunde einer verfälschten Urkunde eingetragen ist, oder dessen Recht durch erfolgte Zahlung u. dgl. erloschen ist. Daß das Impugnationsrecht nicht auch gegen Diejenigen zusteht, welche mittlerweile derlei

noch anfechtbare Rechte redlich erworben haben, ist insbesondere aus dem nachfolgenden §. 33 des B. P. ersichtlich, welcher nachstehende Bestimmung enthält: „Wenn wegen eines wider eine landtäfliche Urkunde erregten Streites der Kläger mittlerweile eine Vorkehrung, damit das Gut oder die landtäfliche Post während des Streites weder veräußert, noch verpfändet werde, nöthig findet, so hat er solche durch die hierzu nöthige Vormerkung in dem Hauptbuche nach Vorschrift des 30. Kapitels der Gerichtsordnung bei den Landrechten ordentlich zu bewirken."

Es können sonach erst im Grunde dieser Vormerkung alle nachträglichen Einverleibungen bestritten werden; denn könnte auch ohne alle Vormerkung das Recht des mittlerweiligen Erwerbers angefochten werden, so hätte die Gesetzgebung nicht angeordnet, daß der Kläger die hierzu nöthige Vormerkung zu bewirken habe. Nicht minder ist aus den Festsetzungen des gal. b. G. B. zu ersehen, daß die Frist von 3 Jahren zur Bestreitung einer Intabulation nur gegen Denjenigen eingeräumt wird, der im Grunde der angefochtenen Urkunde eingetragen wurde, also jedenfalls der Unberechtigte ist. (§. 182. II. Theil.)

Auch im gal. b. G. B. wird im §. 181 des II. Theils der Grundsatz aufgestellt: „Wer diese Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit," woraus folgt, daß dort, wo aus den Büchern die Rechtsungiltigkeit der Einverleibung des Rechtsübergebers nicht zu ersehen ist, dem nachfolgenden redlichen Erwerber kein Nachtheil erwachsen könne.

Daß das Impugnationsrecht binnen der Frist von 3 Jahren und 18 Wochen nur gegenüber dem widerrechtlich eingetragenen und nicht auch gegen den weiteren redlichen Erwerber eingeräumt werden wollte, erhellt auch aus der Betrachtung, daß dieses Gesetz zu einer Zeit erlassen wurde, zu welcher die öffentlichen Bücher erst ins Leben treten sollten, und sonach vornehmlich auf die ersten Eintragungen und die möglichen Fälle bedacht genommen wurde, daß diese erste Eintragung im Grunde verfälschter Urkunden statt finden könne. Deshalb haben die Landtafelpatente auch die Festsetzung des §. 432 des a. b. G. B., der zufolge zur Erwirkung einer Intabulation die Einverleibung des Vormanns erforderlich ist, nicht aufgenommen, welche Bestimmung erst, nachdem voraussichtlich bereits für alle Landtafelgüter Grundbuchskörper errichtet wurden, in das gal. b. G. B. §. 179, II. Th., als Gesetz vorgezeichnet werden konnte.

Gegen die ersten Eintragungen mußte allerdings, wollte man nicht den Betrügereien Vorschub geben, den Berechtigten das Impugnationsrecht zugestanden werden. Wurde aber schon dieses, selbst gegen Betrüger auf den Zeitraum von 3 Jahren beschränkt, um so weniger kann es befremden, daß die Gesetzgebung den redlichen und rechtmäßigen Besitzer, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher ein Recht an sich brachte, noch mehr in Schutz nahm, und ihn nicht auch durch 3 Jahre in Unsicherheit erhalten wollte. Es wäre wohl um allen Credit geschehen, wenn jeder Erwerber noch 3 Jahre nach der Erwerbung abwarten müßte, ob nicht etwa das Recht seines Vormannes angefochten werden wird.

Dem Betrüger gegenüber war es wahrlich nicht nothwendig, die Impugnationszeit auf 3 Jahre und 18 Wochen zu beschränken; wenn die Gesetzgebung diesfalls gleichwohl einen so kurzen Termin festsetzte, so ist sie hiebei einerseits von der Ansicht geleitet worden, daß hinter dem Rücken des Berechtigten nicht leicht eine falsche Eintragung stattfinden könne, da er von jeder bewirkten Intabulation zu verständigen ist, und daß andererseits das Institut der Landtafel ein öffentliches ist, und jeder Berechtigte innerhalb dreier Jahre doch Gelegenheit finden dürfte, einen gespielten Betrug in Erfahrung zu bringen *).

*) Diese ursprüngliche Frist von 3 Jahren und 18 Wochen war keine Ersitzungs-, sondern eine Verjährungsfrist, nach deren Verlauf der Berechtigte das Impugnationsrecht verloren hat. Wittig ist, a. a. O. S. 136, der entgegengesetzten Ansicht; ohne jedoch dieselbe näher zu begründen, glaubt er, daß, wenn der Intabulirte nicht rechtmäßiger und redlicher Besitzer war, sein Recht auch nach Verfluß von 3 Jahren angefochten werden konnte (weil zur Tabularersitzung von 3 Jahren Redlichkeit und Rechtmäßigkeit des Besitzes erforderlich ist). Wir sind dagegen der Ansicht, daß die sowohl in den Landtafelpatenten, als auch in dem gal. b. G. B. festgesetzte Impugnationsfrist, eben weil hiebei von einer Rechtmäßigkeit oder Redlichkeit des Besitzers keine Rede ist, keineswegs eine Ersitzungs-, sondern eine Verjährungsfrist sei. Nach der Einführung des a. b. G. B. aber hat das obige Gesetz alle Geltung verloren, und nun kann die Impugnationsklage innerhalb dreier Jahre nicht mehr als verjährt angesehen werden, und das Recht kann durch den Tabularbesitz nach 3 Jahren nur dann ersessen werden, wenn auch die übrigen Bedingungen der Ersitzung eintreffen. Bezüglich des weiteren Erwerbers, welcher das Recht bereits von einem Intabulirten überkommen hat, ist auch Wittig der Ansicht, daß sein Recht nicht mehr angefochten werden könne, zumal das Institut der öffentlichen Bücher ganz unnütz wäre, wenn Derjenige, der im Vertrauen auf dieselben Rechte an sich brachte, nicht geschützt werden würde. Wie aus den von Wittig angeführten Beispielen, a. a. O. S. 163—177, zu ersehen ist, scheint er den nachfolgenden Tabularbesitz nur dann unanfechtbar anzusehen, wenn der

§. 12.

ad 6. Wir wollen nun untersuchen, ob die Festsetzung des §. 442 des a. b. G. B.: „Ueberhaupt kann Niemand einem Andern mehr Recht abtreten als er selbst hat," unserer Behauptung entgegenstehe.

a) Daß der im obigen Paragraph aufgestellte Grundsatz in seiner Allgemeinheit wahr sei, unterliegt keinem Zweifel; aber eben so gewiß ist es, daß im Gesetze mannigfache Ausnahmen der obigen Regel vorkommen, und dem Uebernehmer das Eigenthumsrecht eingeräumt wird, wenngleich dasselbe dem Ueberlasser nicht zustand. (§. 366, 367, und in den Fällen der Ersitzung.) Der im bezogenen Paragraph aufgestellte Grundsatz dürfte sonach nicht entgegenstehen, noch eine weitere Ausnahme gelten zu lassen, sobald aus anderweitigen Bestimmungen erhellt, daß die Absicht des Gesetzgebers offenbar dahin gerichtet war (§. 6 des a. b. G. B.), der dritten den öffentlichen Büchern vertrauenden Person, das vom intabulirten Vormann überkommene Recht zuzuerkennen, wiewohl derselbe es selbst thatsächlich nicht hatte, und daher nach dem Ausspruche des obigen §. 442 auf den neuen Erwerber nicht übertragen konnte.

b) Die Anordnung des §. 440 des a. b. G. B. enthält gleichfalls eine Ausnahme von der Regel des §. 442 des a. b. G. B. und einen Beleg für unsere Behauptung, daß, wenngleich der Vormann seinen Rechtstitel bereits verloren, sonach, da in Gemäßheit des §. 380 des a. b. G. B. der Rechtstitel ein Hauptererforderniß des

---

Vormann bereits 3 Jahre intabulirt war, sonach gegen diesen Vormann das Impugnationsrecht bereits verjährt wurde. Wäre diese Ansicht im Gesetze gegründet, so würde der Credit durch die Einführung der öffentlichen Bücher wenig gefördert werden, weil jeder Erwerber sich vorläufig überzeugen müßte, ob denn der Vormann bereits durch 3 Jahre einverleibt ist, und daher der Verkehr bei jeder eingetragenen Hypothek durch 3 Jahre gehemmt wäre, wenn die Giltigkeit der Superintabulirung davon abhängen würde, ob der Vormann durch 3 Jahre intabulirt war. Ist der Vormann durch 3 Jahre intabulirt, dann wird wohl Niemand bezweifeln, daß der Besitz des redlichen und rechtmäßigen Nachfolgers nicht mehr angefochten werden könnte; denn nach Verlauf von 3 Jahren wäre ja selbst gegen den Vormann die Klage nach dem Tabulargesetz verjährt, um so weniger könnte dasselbe gegen den redlichen und rechtmäßigen Nachfolger geltend gemacht werden. Wir liefern aber den Beweis, daß, wenn auch die Klage gegen den Vormann nach den früheren Gesetzen nicht verjährt wäre, und wenngleich der Vormann nach den neuen Gesetzen durch den Tabularbesitz das Recht noch nicht ersessen hätte, der redliche und rechtmäßige Nachfolger gleichwohl das Recht sogleich erwerbe.

Eigenthumes bildet, eigentlich aufgehört hat, Eigenthümer zu sein, der Uebernehmer gleichwohl von ihm das Eigenthum überkommen könne, wenn nur der Vormann, ungeachtet des mangelnden Titels, in den öffentlichen Büchern noch immer als Eigenthümer eingetragen erscheint.

Denn zufolge der Anordnung dieses §. 440 fällt die vom Eigenthümer zwei verschiedenen Personen überlassene unbewegliche Sache Demjenigen zu, der früher um die Einverleibung ansuchte. Hat nun der zweite Erwerber früher um die Intabulation angesucht, so erlangt er nach dem Ausspruche dieses Paragraphes gleichwohl das Eigenthum, wiewohl er die Sache von einem Vormanne erhielt, der den rechtmäßigen Titel bereits aufgegeben hat.

c) Daß ohne Rechtstitel kein Eigenthum bestehen könne, ist im §. 380 des a. b. G. B. ausdrücklich festgesetzt. Hiebei ist es wohl gleichgiltig, ob der Rechtstitel gleich anfänglich fehlte, oder ob er erst in der Folge aufgegeben wurde. Gleichwohl ist aus mehreren Stellen des a. b. G. B. ersichtlich, daß Derjenige, welcher als Eigenthümer intabulirt erscheint, als solcher anzusehen ist, wenngleich er den Rechtstitel bereits aufgab. So heißt es im §. 1053 des a. b. G. B.: „Bis zur Uebergabe behält der Verkäufer das Eigenthumsrecht," wiewohl der Rechtstitel bereits auf den Käufer überging. So heißt es im §. 444 des a. b. G. B.: „Das Eigenthum der unbeweglichen Sachen wird nur durch die Löschung aus den öffentlichen Büchern aufgehoben." Wenn nun das Gesetz Denjenigen, der in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheint, als Eigenthümer ansieht, so kann man schon deshalb die Regel des bezogenen §. 442, daß Niemand mehr übertragen könne, als er selbst hat, unserer Behauptung nicht entgegnen, weil der Ueberträger nach der Fiction des Gesetzes das Eigenthum so lange hat, so lange er in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer erscheint.

d) Gegen diese Behauptung könnte eingewendet werden, daß die Regel des §. 444 des a. b. G. B. sich nur auf den Fall beziehe, wenn ein anfänglich vorhandener Rechtstitel aufgegeben wird, und nicht auch auf den Fall, wenn der Intabulirte gleich anfänglich keinen Rechtstitel hatte: zumal nach §. 380 des a. b. G. B. wohl zur Erlangung, nicht aber zum Fortbestehen des Eigenthums ein Titel erforderlich ist. Hat sonach der intabulirte Vormann schon bei der Erwirkung der Intabulation keinen Rechtstitel gehabt, so hat er ungeachtet der erschlichenen Einverleibung das Eigenthum nicht erlangt, es könne also bezüglich seiner von dem Fortbestande eines nie dage-

wesenen Rechtes keine Rede sein, und da Niemand auf einen Andern mehr übertragen kann, als er selbst hat, so könne auch der rechtmäßige und redliche Besitzer, der von einem intabulirten Vormanne, der gleich anfänglich keinen Rechtstitel hatte, seinen Anspruch ableitet, nicht als Eigenthümer angesehen werden. Dagegen kann aber nicht unbemerkt gelassen werden, daß der Intabulirte an und für sich kein besseres Recht hat, ob er den Rechtstitel in der Folge verlor, oder aber gleich anfänglich keinen hatte.

Was nicht da ist, kann Niemanden zu statten kommen, gleichviel, ob es jemals da war oder nicht.

Es dürfte sonach unzweifelhaft sein, daß die Festsetzung des §. 444 nicht nur für den Fall zu gelten habe, wenn der Intabulirte den Titel aufgab, sondern auch dann, wenn er nie einen Titel hatte; daß sonach das Gesetz den noch immer Intabulirten nicht deßhalb als Eigenthümer ansehen wolle, weil er einmal einen Titel hatte, sondern lediglich um der Publicität der öffentlichen Bücher Kraft und Wirkung zu verschaffen, und Jene, die im Vertrauen auf dieselben eine Sache an sich brachten, nicht zu Schaden kommen zu lassen. Die Anordnung des §. 444 ist sonach als Ausnahme der allgemeinen Regel anzusehen, und es kann ihr der Ausspruch des §. 442 wohl auch dann nicht entgegengehalten werden, wenn der intabulirte Vormann nie einen Rechtstitel besaß. Er wird gleichwohl, so lange er in den Grundbüchern als Eigenthümer erscheint, als solcher angesehen.

Durch diese Ausnahme bezweckt die Gesetzgebung, wie bereits bemerkt wurde, nur die Abwendung eines Schadens, welchen sonst dritte Personen, die im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher ein Recht vom intabulirten Vormanne ableiten, erleiden würden; und nicht auch den intabulirten Nichteigenthümer wegen einer bloßen Förmlichkeit als wirklichen Eigenthümer anzuerkennen. Es versteht sich daher von selbst, daß der intabulirte Nichteigenthümer Demjenigen, der im Grunde eines abgeschlossenen Kaufvertrages eine Klage wegen Uebergabe der verkauften Realität anstrengt, eben so wenig, wie dem früheren Eigenthümer, der ganz wiederrechtlich aus den Grundbüchern gelöscht wurde, die Festsetzung des §. 444 entgegenhalten und behaupten könne, daß ihm kraft der Intabulation zufolge des eben bezogenen Paragraphes das Eigenthumsrecht zustehe.

§. 13.

III. Der Einverleibte erlangt gegenüber Demjenigen, von dem er sein Recht ableitet, kein unanfechtbares Recht.

Es können von dem Vormanne gegen die Giltigkeit der Einverleibung mannigfache Einwendungen erhoben werden, durch welche erprobt werden kann, daß das Geschäft entweder gleich anfänglich ungiltig war, oder in der Folge ganz oder zum Theile ungiltig geworden ist. Wie bereits der geistreiche, hochgefeierte Freiherr von Pratobevera treffend bemerkte: *) „bleiben zwischen den Contrahenten selbst und ihren Erben alle gemeinen Rechtsverhältnisse unverändert. Derjenige, gegen den die Einzeichnung wirken soll, kann dem Contrahenten die Einwendung der Furcht, des Zwanges, des Betruges, der Simulation, der Minderjährigkeit, des nicht zugezählten Geldes, der Zahlung, der Remission, Compensation, Novation u. s. w. entgegensetzen. Dabei bedarf der angebliche Verpflichtete keiner Protestation im öffentlichen Buche, und ist keineswegs an die kurze Verjährungsfrist von 3 Jahren gebunden, um von allen diesen Einwendungen gegen seinen Contrahenten Gebrauch zu machen; er kann die Klage seines Gegners erwarten, und bis dahin sind seine Einwendungen fortdauernd (perpetuæ)."

Auch nach Pratobevera's Ansicht verhält sich die Sache anders: „wenn das Interesse eines dritten Erwerbers eines dinglichen Rechtes in Frage ist, vorausgesetzt, daß er einen guten Glauben, eine schuldlose Unwissenheit aus der Auctorität des öffentlichen Buches für sich geltend machen könne, und einen entgeltlichen lästigen Rechtstitel für sich habe; denn ungerechten Gewinn darf das Institut Niemanden zuwenden."

Gleichwohl erhebt Pratobevera dagegen das Bedenken: „Soll aber dieses Vertrauen so weit begünstiget werden, daß selbst ungiltige Geschäfte wirksam bleiben, und die unvorsichtige, vielleicht ebenfalls widerrechtlich entlockte Einwilligung in die Form der Einverleibung mit dem Verluste des materiellen Rechts bestraft werden, sobald ein Dritter hinzugetreten ist, dem vielleicht das wahre Sachverhältniß wohl bekannt, aber diese Wissenschaft nicht leicht zu beweisen ist, oder wenn es auch platterdings unmöglich war, mit einer Protestation oder einem Widerspruche sich früher sicher zu stellen? Hat nicht auch dieser Dritte die Pflicht und die Möglichkeit, sich zu erkundigen, mit

*) Mat. Bd. 8., S. 345.

wem er in eine Unterhandlung wegen der Uebernahme eines dinglichen Rechtes sich eingelassen habe? Solche Conflicte haben wirklich die Gesetze", bemerkt Pratobevera weiter, „zu verhüten gesucht, und die Auffindung der besten und einfachsten Modalität ist der größte Vorzug eines guten Tabulargesetzes, von dem man mit Recht alle Vorsicht auch gegen die Möglichkeit einer Rechtsverletzung fordert, nicht daß es selbst hiezu Gelegenheit biete. Man hat solchen Rechtsverletzungen dadurch zu begegnen gesucht, theils daß man nur wenige öffentliche Documente und immer nur mit Vorwissen des Betheiligten zur wirklichen Einverleibung brachte, theils daß man auch nach der Einverleibung einen kürzeren oder längeren Zeitraum zu Widersprüchen, Protestationen und förmlichen Klagen offen ließ. Dies war der Zweck der odpors-Klagen und der verschiedenen Anordnungen im §. 32, 35 des Landtafel-Patentes vom J. 1794, in den §§. 175, 176, 177 des gal. G. B. II. Theil vom J. 1797, der Hfd. vom 10. April 1813, Nr. 1037, und 29. August 1818, Z. 1488. Das a. b. G. B. hat im §. 1467 diese wichtige Materie nicht näher geregelt, und es sollte in einem neuen Hypothekengesetze durchaus seine Ergänzung erhalten; denn in diesem Paragraph wird zwar angenommen, daß man durch 3 Jahre jede Einverleibung, also auch jene zu Gunsten eines Dritten, bestreiten könne, und nach dem §. 1396 bleiben dem Cessus die Einwendungen gegen den Cessionar offen; aber damit ist noch nicht entschieden, ob und welche Einwendungen diesem Dritten, auch nach dem Tabularsystem, mit Erfolg entgegengesetzt werden dürfen, vielmehr werden mehrere einzelne Einwendungen, wie der Zahlung, Compensation, Confusion, Consolidation, Verjährung, an mehreren Orten des Gesetzes, §§. 469, 526, 1443, 1446, 1500, für kraftlos erklärt, ohne daß der dritte Erwerber erst einer Verjährungsfrist bedarf."

Es hat allerdings seine Richtigkeit, daß das Gesetz nirgends ausdrücklich den Grundsatz aufstellt, daß die gegen den Contrahenten zustehenden Einwendungen nicht auch gegen den Dritten geltend gemacht werden können; allein, auch die Verfügung, daß diese Einwendungen nicht minder gegen die dritte Person stattfinden, ist nirgends aufgenommen. Freiherr v. P. selbst gibt zu, daß darüber eine gesetzliche Bestimmung mangelt, welchen Einfluß nach dem Tabularsystem die Anordnungen der §§. 1396, 1467 auf dritte Erwerber übe, und führt eine ganze Reihe von Einwendungen an, die dem dritten Erwerber nicht entgegengesetzt werden dürfen.

Wird nun bezüglich der Einwendungen der Zahlung, Compen-

sation, Confusion, Consolidation und Verjährung Derjenige, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher von allen diesen Einwendungen nichts wissend, das Gut oder Recht an sich brachte, in Schutz genommen, warum sollte wohl derselbe Schutz ihm nicht auch bei anderen Rechten zu Theil werden. Die Festsetzungen der §§. 1394—1396: „daß Niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, und daß dem Cessionar oder Uebernehmer die Einreden wie den Cedenten und Uebergeber entgegengesetzt werden können" — haben die Gesetzgebung nicht abgehalten zu erklären, daß gleichwohl alle obigen Einwendungen dem dritten Erwerber nicht entgegengesetzt werden können, warum sollte man ihr die Zumuthung machen, daß sie nicht auch bei anderen Einwendungen den Zweck der Einführung der öffentlichen Bücher berücksichtigen wollte.

Dagegen pflichten wir vollkommen der Ansicht P. bei, daß, wenn eine Protestation vor der weiteren Uebertragung schon im öffentlichen Buche enthalten gewesen, oder wenn die Ungiltigkeit des Geschäftes aus dem Inhalte der eingeschriebenen früheren Urkunde und der darin angezeigten Persönlichkeit der Contrahenten klar ist, sich auch kein dritter Uebernehmer mehr auf das öffentliche Vertrauen in die Bücher berufen könne; er leidet durch sein Verschulden einen Nachtheil; Jedermann muß z. B. wissen, wie weit er ein im öffentlichen Buche in der Eigenschaft eines Lehens, einer geistlichen Besitzung, eines Fideicommisses, eines untrennbaren Ganzen erscheinendes Gut giltig an sich bringen, oder darauf borgen könne.

Wenngleich P. der Ansicht ist, daß außer diesem Falle der Dritte sich auch unbekannte Einwendungen der ursprünglichen Ungiltigkeit des Geschäftes gefallen lassen müsse, weil Niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, und dem Cessionar oder Uebernehmer die Einreden, wie dem Cedenten und Uebergeber entgegengesetzt werden können; — so ist er doch des Dafürhaltens, daß es angemessen wäre, die Frist zur Anfechtung der Giltigkeit möglichst abzukürzen. — „Der gegenwärtige Zeitraum von 3 Jahren nach §. 1467" bemerkt P., „ist zu weit ausgedehnt, um dem dritten redlichen Uebernehmer dinglicher Rechte so lange unbekannte Einwendungen entgegen zu setzen; warum sollte der angeblich Gefährdete nicht früher zum Widerspruche genöthiget, und das Stillschweigen desselben als eine Anerkenntniß gegen den redlichen Uebernehmer nach dem §. 1396 angesehen werden?"

Der Umstand, daß das neue Gesetz zur Protestirung keinen so kurzen Termin festsetzt, wie es der Zweck der öffentlichen Bücher erheischen würde, berechtiget um so mehr zu der Annahme, daß die

Gesetzgebung überhaupt gegen dritte Erwerber gar kein Protestationsrecht einräumen wollte, und sich mit anderen Vorsichten behufs der Hintanhaltung von Betrügereien, mit der zur Intabulation erforderlichen Einwilligung des Gegners, oder Vorweisung öffentlicher Urkunden, Legalisirung, Zustellungen zu eigenen Händen u. s. w. begnügte, und sofort dem dritten auf die öffentlichen Bücher vertrauenden Erwerber ein unanfechtbares Recht sichern wollte, — als es sonst eine Ungereimtheit wäre, — beim Vorhandensein eines zuverlässigen Mittels, Beeinträchtigungen, ohne Gefährdung des Zweckes öffentlicher Bücher, durch Einräumung einer möglichst kurzen Protestationsfrist, zu begegnen, den neuen Erwerber jahrelang in der Ungewißheit zu belassen, und hiedurch die wohlthätigen Wirkungen der öffentlichen Bücher, und das Vertrauen auf dieselben, vollends zu schwächen.

P. gibt endlich zu, daß es zum Schutze des Credits immer unvermeidlich bleibt, daß die dem einverleibten Geschäfte nachgefolgten Thatsachen, welche das frühere Recht modificiren, verändern oder aufheben, und in dem öffentlichen Buche nicht später nachgetragen worden sind, gegen den Dritten für ganz unwirksam erklärt werden, wenn auch diese Verhältnisse früher, vor der weiteren bücherlichen Einverleibung, eingetreten wären. Dahin gehören die schon oben berührten Einwendungen der Zahlung, der Compensation, der Verjährung, der Confusion*).

*) Im Bayerischen Hypothekengesetz werden mehrere Folgen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches und des Vertrauens auf dasselbe zu Gunsten Dritter berührt. Nach diesem Gesetze (§. 26) wurden dem Cessus auch die Einreden der Ungiltigkeit der Forderung gegen den dritten redlichen Cessionar versagt. P. (a. a. O. S. 351) meint, daß dieß ohne Gefahr geschehen konnte, weil überhaupt alle Einschreibungen nur mit Vorwissen der Parteien geschehen, und Protestationen zugelassen werden. Bei uns sind solche Einwendungen unzulässig, und eine Protestationsfrist deshalb nicht erforderlich, weil es dem Cessus unbenommen ist, die Einwendungen sogleich vormerken zu lassen; versäumt dieß der Cessus gegen den ersten Gläubiger, so leidet er aus seinem Verschulden Nachtheil. Im §. 47 des Bay. G. wird der Einrede des nicht empfangenen Geldes eine beschränkte Wirksamkeit gegen dritte Inhaber durch 30 Tage verwahrt. P. meint, daß diese auch bei uns nicht überflüssig wäre, weil notorisch von vorsichtigen Darleihern das Geld erst nach geschehener Einverleibung der Urkunden zugezählt zu werden pflegt, was unterblieben sein kann. Auch meines Dafürhaltens erscheint diese Vorsicht empfehlenswerth, aber nicht nothwendig, zumal den Parteien anderweitige Mittel zu Gebote stehen, sich gegen ein betrügerisches Vorgehen der Gläubiger, selbst in dem Falle, wenn die vorläufige Einverleibung bewilliget wird, durch Deponirung u. dgl. sicher zu stellen. Um so weniger wäre es zu billigen, diese Einwendung gegen dritte Personen jahrelang offen zu lassen.

§. 14.

IV. Begründet die Eintragung in das Hauptbuch oder aber in das Instrumentenbuch die Erwerbung dinglicher Rechte?

Das B. P. drückt sich hierüber im §. 1, wie bereits Pratobevera *) bemerkte, „etwas schwankend aus“, da es anfänglich sagt: Das eine Hauptbuch mache künftig die Grundfeste der Landtafel aus, indem das sächliche Recht nur durch die Vorschreibung in das Hauptbuch erwirkt wird; dann aber sogleich die Einschränkung hinzusetzt: jedoch auch durch dieses nur in so weit, als die in die Landtafelbücher eingetragenen Urkunden, welche für sich allein keinerdings ein sächliches Recht begründen, hinlänglich sind, die Rechtmäßigkeit der geschehenen Vorschreibung in das Hauptbuch zu beweisen. Auf diese Weise wäre das Hauptbuch ein bloßes documentum referens, welches ohne Einsicht und Vergleichung der Urkunden als das Relatum keine Gewißheit gewährt. Das Urkundenbuch sollte aber keinen wesentlichen Bestandtheil des Instituts ausmachen; es ist ein bloßes Archiv, und der Abgang, oder die fehlerhafte Copie einer Urkunde in demselben, kann der Vormerkung im Hauptbuche nicht schaden, die mehr oder weniger enthalten kann, als der Inhalt der bezogenen Urkunde begründet oder zuläßt. Nicht die contractmäßige Stipulation, nicht der letzte Wille überträgt das dingliche Recht, sondern einzig und allein die durch die Behörde vorgenommene Eintragung in das Hauptbuch, an welche sich besonders dritte Personen ausschließend zu halten berechtiget sind.“

Auch in der ung. G. O. wird im §. 62 festgesetzt: „Die Einverleibung oder Vormerkung gewährt ein dingliches Recht nur in Ansehung desjenigen Rechtes, welches eingetragen worden ist. Der Richter hat daher in dem Bescheide das Recht, um dessen Eintragung es sich handelt, stets genau zu bezeichnen, und auch die wesentlichen Bestimmungen desselben zur Eintragung in das Grundbuch auszudrücken.“

Dagegen wird aber weiters im Widerspruche mit dieser Festsetzung verfügt: „Nähere Bestimmungen des eingetragenen Rechtes, welche aus dem Grundbuche selbst nicht entnommen werden können, sind nach dem Inhalte der Urkunde zu beurtheilen, zu Folge welcher die Eintragung bewilligt worden ist.“

Eine Vereinbarung der Ansichten der Rechtsgelehrten darüber, ob die Eintragung in das Hauptbuch oder aber der Inhalt der Urkunde

*) Mat. Bd. 8, S. 371.

in Ansehung dritter Personen maßgebend sei, wird wohl schwerlich zu erzielen sein. Insbesondere werden Diejenigen, welche dritte Personen selbst dann nicht in Schutz nehmen wollen, wenn die Eintragungen im Haupt- und Instrumentenbuche übereinstimmen, sobald der einverleibte Uebertrager nicht thatsächlich Eigenthümer war, um so weniger zugeben, daß dritte Personen im Grunde einer Eintragung im Hauptbuche, welche mit der Urkunde nicht übereinstimmt, gleichwohl das im Hauptbuche eingetragene Recht erwerben. Wenn die Verfechter dieser Ansicht des Dafürhaltens sind, daß jeder Erwerber, um sicher zu sein, sich vorläufig umsehen müsse, ob denn der Uebertrager nicht etwa auf eine betrügerische Art die Eintragung in die öffentlichen Bücher bewirkte, so werden sie umsomehr fordern, daß er nicht der bloßen auszugsweisen Eintragung in die öffentlichen Bücher vertraue, sondern dieselbe mit dem Inhalte der Urkunden in den Instrumentenbüchern vergleiche. Wenn sie diese Vorsicht unterlassen, so haben sie den daraus resultirenden Nachtheil ihrer eigenen Fahrlässigkeit beizumessen.

Auch die Verfechter der Ansicht, daß Derjenige, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher ein Recht rechtmäßig und redlich an sich brachte, ein unanfechtbares Recht, ohne erst die Ersitzungszeit abwarten zu müssen, erlange, könnten doch des Dafürhaltens sein, daß die Sache nicht auf die Spitze zu treiben sei, was der Fall wäre, wenn man den Erwerber, der aus dem Instrumentenbuche sich leicht die Ueberzeugung verschaffen kann, daß die Eintragung im Hauptbuche eine fehlerhafte ist, gleichwohl in Schutz nehmen wollte. Zur Begründung dieser Ansicht ließe sich anführen, daß das a. b. G. B. nirgends die Eintragung im H a u p t b u c h e als maßgebend bezeichnet, sondern stets blos von dem Vertrauen auf die öffentlichen Bücher (sonach auf das Haupt- und Instrumentenbuch) spricht. Dieses Vertrauen soll in Schutz genommen werden, aber nicht das leichtfertige Vertrauen auf die Eintragung im Hauptbuche. Es ist aber hiebei in Betracht zu ziehen, daß es auf den Verkehr sehr hemmend einwirken, und sonach einer der vornehmsten Zwecke der Einführung der öffentlichen Bücher vereitelt werden würde, wenn man den contrahirenden Parteien die Verpflichtung auferlegen wollte, bei jedem Tabulargeschäfte sich die Ueberzeugung zu verschaffen, ob die Einträge in dem Hauptbuche mit den bezogenen, mitunter sehr weitwendigen, öfters in fremder Sprache verfaßten Urkunden, thatsächlich übereinstimmen. Der Förderung des Verkehrs ist aber, könnte eingewendet

werden, nicht in einem so übertriebenen Maße Rechnung zu tragen, daß der fahrlässige Erwerber, der aus den öffentlichen Büchern den im Hauptbuche unterlaufenen Fehler leicht ersehen konnte, in Schutz genommen werde. Auch kann die Belassung einer fehlerhaften Eintragung im Hauptbuche nicht immer dem eigentlichen Berechtigten zur Last fallen.

Thatsächlich wird wohl ein dergleichen Irrthum nicht lange unbemerkt bleiben; gleichwohl kann in der Zwischenzeit eine Uebertragung stattfinden, ohne daß irgend eine Lässigkeit dem eigentlichen Berechtigten, von dem nicht verlangt werden kann, daß er täglich die öffentlichen Bücher einsehe, zur Last gelegt werden kann. Gesetzt, es überging das Haus Nr. 220 auf den Franz Born. Durch eine Namensverwechslung wurde Carl Born als Eigenthümer des Hauses Nr. 220 im Hauptbuche eingetragen; contrahirt betrügerischer Weise ein Darlehen von 10,000 fl. vom Moses Jolles, der aus dem Instrumentenbuche sich die Ueberzeugung verschaffen konnte, daß das Haus im Vertrage nicht auf den Carl, sondern auf den Franz Born überging. Soll hier Moses Jolles gegen den Franz Born, dem gar kein Verschulden zur Last fällt, in Schutz genommen werden, welcher nicht den öffentlichen Büchern, sondern lediglich der Eintragung im Hauptbuche vertraute, und dem jedenfalls ein größeres Verschulden zur Last fällt, als dem Franz Born, der vielleicht zur Zeit der Contrahirung des Darlehens von der Namensverwechslung noch keine Wissenschaft hatte?

Meines Dafürhaltens ist bei der Lösung der vorwürfigen Frage der Hauptzweck der Einführung der öffentlichen Bücher maßgebend. Soll der Credit gefördert werden, so kann man den Parteien keineswegs die Verpflichtung auferlegen, den Einträgen in das öffentliche Buch zu mißtrauen — sich mit dem Tabularextracte nicht zu begnügen, sondern die Urkunden selbst einzusehen. Insbesondere kann nicht unbemerkt gelassen werden, daß das a. b. G. B. den Ausdruck öffentliche Bücher deßhalb gebraucht, weil in der österreichischen Monarchie nicht blos ein öffentliches Buch besteht, daß sonach die gebrauchte Mehrzahl noch nicht zu der Annahme berechtige, es beziehe sich diese Mehrzahl auf das Haupt- und Instrumentenbuch.

Zweiter Abschnitt.

Einfluß der früheren Ueberreichung des Einverleibungsgesuches.

§. 15.

Werden die Vortheile der Eintragung in die öffentlichen Bücher schon durch die Ueberreichung des Intabulations- oder Pränotationsgesuches, oder erst durch die wirkliche Eintragung in das öffentliche Buch erlangt?

Nach den Grundsätzen des a. b. G. B. werden das Eigenthum und andere dingliche Rechte nur durch die wirkliche Uebergabe erworben. Diese geschieht bei unbeweglichen Sachen, durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher, und zwar in das Hauptbuch. Ein bloßes Gesuch, damit die Uebergabe (die Eintragung) erfolge, kann als Uebergabe noch nicht angesehen werden. Ein solches Gesuch gewährt sonach keineswegs ein Recht, welches gegen Jedermann geltend gemacht werden kann (dingliches Recht).

Ein weiteres Erforderniß der Erwerbung eines dinglichen Rechtes ist, nebst der Rechtmäßigkeit des Titels, das Befugniß des Vormannes, die Sache zu veräußern, und bei unbeweglichen Sachen dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, die Einverleibung des Vormannes als Eigenthümer, nicht das bloße Gesuch desselben um Einverleibung.

Dagegen ist es nicht nothwendig, daß der Vormann thatsächlich Eigenthümer sei; es genügt, wenn er als solcher eingetragen erscheint, wenngleich er den Titel schon aufgegeben hätte (§§. 444, 469 des a. b. G. B.). Diese letztere Bestimmung war nothwendig, damit der Zweck der Einführung der öffentlichen Bücher aufrecht erhalten werde. Sollen die öffentlichen Bücher thatsächlich den Credit fördern und die Sicherheit der Rechte begründen, so muß Jedermann, der im Vertrauen auf dieselben ein Recht an sich bringt, die Ueberzeugung haben, daß dieses Recht, sobald sein Vormann in dem öffentlichen Buche als Eigenthümer eingetragen erscheint, ihm nicht mehr bestritten werden könne, gleichviel ob der Vormann einen rechtmäßigen Titel wirklich hatte, oder fortan habe, oder nicht; bis zur erfolgten Löschung wird der Vormann als Eigenthümer angesehen. Der Zweck der Einführung der öffentlichen Bücher erheischt aber auch die weitere Festsetzung, daß die Eintragungen nicht nur bezüglich des Rechtes selbst, sondern auch bezüglich des Umfanges desselben maßgebend seien. Das öffentliche Buch ist der Spiegel aller mit der Realität verbundenen

Rechte und Verbindlichkeiten. So wie man ein unanfechtbares Eigenthumsrecht auf ein Haus erwirbt, welches vom intabulirten Eigenthümer übergeben wurde, wenngleich er längst aufgehört hätte, irgend ein Recht auf das Haus zu haben, oder wenngleich ihm thatsächlich nur die Hälfte des Hauses gehört, so erlangt man auch das Eigenthum eines lastenfreien Hauses, wenn auf demselben keine Lasten eingetragen sind, wenngleich der Verkäufer bereits ein Darlehen contrahirte, und das Haus als Hypothek verschrieben hätte. Dagegen übernimmt man auch alle auf dem Hause verbücherten Lasten, wiewohl sie bereits getilgt aber noch nicht gelöscht wurden.

Es können jedoch zwei oder mehrere Personen im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher Rechte erwerben, die alle einen Vormann berufen, der als Eigenthümer eingetragen erscheint, oder die nach Ausweis des öffentlichen Buches ein lastenfreies Gut erwerben, und nach Weisung des §. 443 nicht schuldig sind, andere Lasten zu übernehmen, als welche in den öffentlichen Büchern angemerkt erscheinen. In diesem Falle entsteht eine Collision der Erwerber, wobei die Gesetzgebung die schwierige Aufgabe hatte, zu entscheiden, welchem Adquirenten der Vorzug gebühre.

Der Zweck der Einführung der öffentlichen Bücher kann zur Lösung dieser Frage nicht beitragen, denn vorausgesetztermaßen haben alle im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt, sonach alle einen gleichen Anspruch auf den Schutz des Gesetzes. Sie haben die Sache von einem Vormanne erhalten, der als Eigenthümer eingetragen ist; sie haben sich aus den öffentlichen Büchern überzeugt, daß die Realität, auf welcher ihnen ein Pfandrecht eingeräumt wurde, nur mit ersichtlichen Lasten behaftet oder gar nicht belastet ist: sie weisen den rechtmäßigen Titel nach, und sind alle in bona fide *). Der einzige Unterschied dieser Adquirenten besteht nur noch in der verschiedenen Zeit der Uebergabe, und in der verschiedenen Zeit der gebetenen Einverleibung. Eines dieser Momente muß von der Gesetzgebung als entscheidend angenommen werden; entweder die früher erwirkte Einverleibung oder das früher überreichte Einverleibungsgesuch **). Nach

*) In wiefern einer der Erwerber in mala fide wäre, d. h. in wiefern er wußte, daß die Sache sich anders verhält, als die öffentlichen Bücher ausweisen, würde die Gleichheit des Anspruches, wie wir bei der Erläuterung des §. 440 des a. b. G. B. nachweisen werden, behoben erscheinen, und dem in bona fide befindlichen Erwerber der Vorzug einzuräumen sein.

**) Es gibt wohl noch einen weiteren Unterschied, nämlich den, daß der

dem klaren Wortlaute der §§. 321, 425, 431 bis inclusive 437 des a. b. G. B. sollte man glauben, wem die Sache früher übergeben wurde, der habe früher das Eigenthum erlangt, und da die Uebergabe bei Rechten, die sich auf unbewegliche Sachen beziehen, durch die Verbücherung erfolgt; so wäre der Vorzug Demjenigen einzuräumen, der früher intabulirt wurde.

Bei beweglichen Sachen wird in einem derlei Collisionsfalle im §. 430 des a. b. G. B. auch ausdrücklich festgesetzt, daß der Vorzug derjenigen Person gebühre, welcher sie früher übergeben wurde (nicht welche früher um die Uebergabe ansuchte).

Indessen finden wir im a. b. G. B. in dem §. 440 eine Bestimmung, durch welche der Vorzug Demjenigen eingeräumt wird, der früher die Einverleibung angesucht hat, und in den §§. 438 und 453 eine gleiche Festsetzung, daß im Falle eine Pränotation angesucht wird, der Vorrang von der Zeit des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches zustehe.

§. 16.

Rechtfertigung der gesetzlichen Bestimmung, daß der Vorzug und Vorrang mit der Ueberreichung des Einverleibungsgesuches beginne.

Bei der Erwägung der Frage, ob der Act der wirklichen Eintragung, oder der Act des Begehrens entscheidend sein soll, mußte in derlei Collisionsfällen die Ueberreichung des Gesuches als maßgebend angesehen werden; denn, wenn die Gerichte ordnungsmäßig nach dem Gesetze verfahren, so ist ein früher überreichtes Gesuch auch früher zu erledigen, sonach die angesuchte und bewilligte Eintragung auch früher zu bewirken. Geschieht dieses nicht, werden z. B. verschiedene Eingaben verschiedenen Referenten zugewiesen, und die spätere Eingabe früher erledigt und eingetragen; oder ist das früher überreichte und früher erledigte Gesuch durch einen Manipulationsfehler später, oder im Falle der Uebertragung des Eigenthums, über die Commemoration, daß der Uebertragende nicht mehr als Eigenthümer

---

einverleibte Vormann Einem das Recht zu einer Zeit übertragen habe, als er noch das volle Verfügungsrecht hatte, und dem Anderen später, als er sich des Verfügungsrechtes bereits begab. Dieser Unterschied kann aber dort, wo öffentliche Bücher eingetragen sind, nicht maßgebend sein, denn der Zweck des Instituts der öffentlichen Bücher erheischt es, daß die Eintragung als wahr angesehen werde, gleichviel ob sie wirklich wahr ist oder nicht, d. h. ob der Vormann wirklich das Verfügungsrecht hat oder nicht.

verbüchert erscheint, gar nicht eingetragen worden, so beruht dies auf einem Irrthume des Gerichtes, auf einem Fehler der Manipulation, und kann den Parteien weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen. Würde die Gesetzgebung den Vorzug oder den Vorrang gleichwohl von der früher bewirkten Eintragung abhängig machen, so würden mitunter die belangreichsten Rechte der Willkür des Richters oder des Manipulanten überlassen werden. Jeder hat die Verpflichtung, für die Sicherheit seiner Rechte Sorge zu tragen. Diese Sorge besteht in der Ueberreichung des Intabulationsgesuches. Nur dies steht in seiner Macht, die Intabulation zu begehren. Die Bewirkung der Intabulation ist Sache des Gerichtes. Nur das unterlassene frühere Intabulationsgesuch ist dem Verschulden der Partei, die Unterlassung der sogleichen Einverleibung dem Verschulden des Gerichtes beizumessen. Das fremde Verschulden kann dem früheren Petenten nicht zur Last gelegt werden. Die Gesetzgebung hat demnach mit Recht festgesetzt, daß in derlei Collisionsfällen, bei sonst obwaltender Gleichheit der Rechtsverhältnisse der frühere Petent den Vorzug habe.

Es hat zwar seine Richtigkeit, daß die Verspätung der Ueberreichung des Einverleibungsgesuches nicht immer dem Verschulden der Partei beizumessen sei. Bei der größten Sorgfalt der Partei kann öfters die Ueberreichung nur zufällig verspätet worden sein. Die Verschiedenheit der Entfernung vom Orte der Grundbuchsbehörde mag diesfalls auch einen entschiedenen Einfluß üben. Derlei Zufälligkeiten konnten jedoch nicht in Betracht gezogen werden; sie treffen nach den Grundsätzen des a. b. G. B., §. 1311, stets Denjenigen, in dessen Vermögen oder Person der Zufall sich ereignet hat.

Ist es aber zu rechtfertigen, daß die Gesetzgebung diese hochwichtigen Rechte des Vorranges von einem mitunter ganz unverschuldeten zufälligen Act der früheren oder späteren Ueberreichung des Einverleibungsgesuches abhängig macht? Ein Moment mußte jedenfalls als entscheidend hervorgehoben werden. Daß der entscheidende Act nicht die wirkliche Eintragung sein könne, haben wir sattsam nachgewiesen. Es blieb also nichts anderes übrig, als entweder von dem früheren Zustandekommen des Geschäftes oder von der früheren Ueberreichung des Einverleibungsgesuches die Priorität abhängig zu machen. Das Erstere würde ein oft betrügerisches Einverständniß begünstigen, und den Vorzug mitunter von Trug und List abhängig machen; das Letztere dagegen setzt in der Regel Denjenigen nach, dem ein Verschulden zur Last fällt; sonach mußte die Gesetzgebung es vorziehen,

die Ueberreichung des Gesuches als entscheidendes Moment der Priorität zu bezeichnen. Hiezu gesellt sich die Betrachtung, daß, wenn nicht die Zeit des Zustandekommens des Geschäftes, sondern die Ueberreichung des Gesuches die Priorität bedingt, die Rechte der Parteien zuverlässiger gewahrt werden können. Wer beim Abschlusse eines Geschäftes in das Protokoll Einsicht nimmt, und sich überzeugt, welche Einverleibungsgesuche eingelangt sind, und sofort sein Tabulargesuch überreicht, und in Gemäßheit des Hfd. v. 12. December 1785, Nr. 503 verlangt, daß dasselbe sogleich in seiner Gegenwart mit der Nummer, die dem Exhibitum nach der Ordnung zukommt, bezeichnet in das Protokoll eingetragen werde, der hat keinen Nachtheil zu besorgen, kann sonach die Bestimmung, daß die Priorität nicht vom Zeitpuncte des Abschlusses des Geschäftes, sondern von der Ueberreichung des Tabulargesuches beginnt, keineswegs tadeln. Wer dagegen leichtfertiger Weise ein Geschäft abgeschlossen hat, bevor er Einsicht in das Protokoll nahm, mag seinen Schaden seiner Leichtfertigkeit beimessen.

Dergleichen unverschuldete Nachtheile sind aber dann allerdings zu besorgen, wenn den Parteien die Einsicht des Protokolls nicht gestattet wird. Da jedoch die Durchsicht des Gerichtsprotokolls den Parteien füglich nicht gestattet werden kann, und es auch für die Parteien selbst äußerst schwierig wäre, in einem voluminösen Gerichtsprotokoll nachzuschlagen, welche Eingaben bezüglich des fraglichen Grundbuchsobjectes einlangten, so ist es, um unverschuldete Beeinträchtigungen hintanzuhalten, erforderlich, daß in Tabularangelegenheiten ein besonderes Einreichungsprotokoll im Grundbuchsamte geführt, und die Einsicht desselben den Parteien gestattet werde.

Wie aber, wenn die Geschäfte im Vertrauen auf die Redlichkeit der Parteien längst abgeschlossen wurden, und bei gleichwohl drohender Gefahr wegen bevorstehendem Ausbruche eines Concurses alle Gläubiger zum Grundbuche eilen, und Einer dem Andern den Vorsprung abgewinnt, wo ein gleiches Verschulden aller Parteien vorliegt, sich nicht bei Eingehung des Geschäftes von dem grundbücherlichen Stande aus dem Einreichungsprotokolle die Ueberzeugung verschafft zu haben; soll hier auch cæteris paribus das zufällig frühere Einlangen des Einverleibungsgesuches maßgebend sein?

Allerdings trifft in diesem Falle die Parteien ein gleiches Verschulden der Nichteinsichtsnahme des Einreichungsprotokolls und der nicht gleich bei Eingehung des Geschäftes angesuchten Einverleibung; allein auch in diesem Falle erlangt in der Regel den Vorsprung die-

jenige Partei, welche früher um die Wahrung ihrer Rechte bemüht war; und das qui prior tempore potior jure mußte auch hier in Ermanglung eines anderen Anhaltspunctes ausgesprochen werden.

§. 17.

Bezüglich der entfernten Parteien, deren Eingaben durch die Post überreicht werden, ist noch die Frage zu erörtern, ob die Aufgabe auf die Post, die Aufgabe bei einem anderen Gerichte, oder das Einlangen beim Protokoll des Tabularrichters maßgebend sein soll?

Die österreichische Gesetzgebung nimmt auf den Zeitpunct der Aufgabe auf die Post, oder bei einem anderen Gerichte, keine Rücksicht, und beachtet lediglich den Augenblick des Einlangens des Tabulargesuches beim Einreichungsprotokoll des Tabularrichters.

Beim ersten Anblicke könnte es scheinen, daß diese Festsetzung nicht zu rechtfertigen sei; denn als Grund des Vorzuges einer früheren Ueberreichung des Einverleibungsversuches haben wir vor Allem die Betrachtung geltend gemacht, daß Derjenige wohl nicht in Schutz zu nehmen ist, der sich später um die Sicherung seines Rechtes kümmerte; ist aber die Partei entfernt, hat sie die Eingabe früher der Post oder dem entfernten Gericht übergeben, bevor noch die im Orte wohnende Partei ihr Tabulargesuch dem Einreichungsprotokolle überreichte, wird das Stück auf der Post aufgehalten, wird das Stück überdies nicht rechtzeitig von der Post abgeholt, so trägt doch an diesem Verschub die Partei keine Schuld; und die Verspätung sollte ihr keinen Nachtheil bringen.

Wir haben jedoch nachgewiesen, daß von einem früheren Zeitpuncte als dem des Einlangens des Einverleibungsgesuches beim Einreichungsprotokolle des Tabularrichters, der Vorzug und die Priorität füglich nicht abhängig gemacht werden konnte; daß ungeachtet des Beginnens der Priorität vom Zeitpuncte des Eintreffens des Gesuches beim Tabularrichter kein Adquirent einen Nachtheil zu besorgen habe, sobald er die erforderliche Vorsicht gebraucht, das Geschäft nicht eher abzuschließen, als bis er sich im Einreichungsprotokolle die Ueberzeugung verschafft hat, ob und welche Tabulargesuche bezüglich des fraglichen Tabularkörpers bereits eingebracht wurden. Dieses Mittel, sich vor jedem Nachtheile zu schützen, würde entfallen, wenn auch Jene, deren Gesuche einem entfernten Gerichte oder der Post übergeben wurden, aber beim Tabularrichter noch nicht einlangten, den Vorzug erhalten könnten. Geschehen wäre es um allen Credit, den die öffent-

lichen Bücher fördern sollen, wenn selbst das Protokoll keinen verläßlichen Aufschluß darüber zu geben vermöchte, welchen Forderungen der Vorrang zusteht *).

Auch nach dem preußischen Hypothekensysteme **) entscheidet über den Vorrang das frühere Einlaufen des Gesuches, deßwegen muß auf das Exhibitum neben dem Tage auch noch die Stunde der Präsentation genau angemerkt werden, was wohl überflüssig ist, da doch schon die Nummer die Reihenfolge des Einlaufes genauer bezeichnet. Vom Belange wäre die Ansetzung der Stunde nur dann, wenn die in derselben Stunde eingelaufenen Geschäftsstücke als gleichzeitig eingelangt angesehen werden würden.

Nach dem baierischen Hypothekengesetz vom Jahre 1822 entscheidet die wirkliche Eintragung über den Vorrang. Die an demselben Tage eingetragenen Forderungen haben aber unter sich gleiche Rechte und kommen nach ihrer Größe verhältnißmäßig zum Bezug. In Baiern konnte das Princip der Publicität strenge eingehalten werden, weil gleich nach der Anmeldung und in Anwesenheit des Betheiligten die Einträge und Vormerkungen unverweilt bewirkt werden mußten. Wenn jedoch erwogen wird, daß besonders in größeren Städten und bei Landtafeln der Andrang mitunter so groß sein kann, daß es unmöglich ist, alle Einträge am selben Tage im öffentlichen Buche zu bewirken; wenn weiters erwogen wird, daß über das Einverleibungsgesuch jedenfalls erst vom Tabularrichter ein Beschluß zu fassen ist, wobei mannigfache Umstände in Erwägung zu ziehen, Urkunden zu prüfen sind, so gewinnt man leicht die Ueberzeugung, daß die Be-

*) Gönner erwähnt in seinem Commentar (1. Bd., S. 482) einer von Merkel in dem neuen Commentar über die preußische Hypothekenordnung (Bd. 2, S. 164) aufgeworfene Frage: Wie? wenn der Präsident die Hälfte der an einem Posttage angekommenen Sachen des Vormittags, die andere Hälfte des Nachmittags eröffnet, unter den am Nachmittag eröffneten aber ein Eintragungsgesuch befindlich ist, welches mit einer Post um einige Stunden früher einging, als ein anderes schon Vormittags präsentirtes Exhibitum? Muß nicht alsdann dasjenige, was mit der früher eingelaufenen Post eingegangen ist, als für zuerst exhibirt geachtet werden? Kopezky bemerkt diesfalls (Zeitsch. für österr. Rechtsgel. 1830, II. Bd., S. 22): „daß alles auf dem eingeführten Geschäftsgang beruht. Ist dieser fehlerhaft, so müssen nothwendig daraus Inconvenienzen und bedeutende Nachtheile entstehen." In Oesterreich ist durch die Geschäftsordnung bereits die erforderliche Vorsorge getroffen worden, daß ein derlei Fall keine nachtheiligen Folgen habe, indem alle Stücke zuerst in das Einreichungsprotokoll gelangen, und das Couvert präsentatum und Zahl erhält.

**) Preußisches Landrecht, I. Th., 20. Titel, §§. 411 und 500.

stimmung des österreichischen Gesetzes, wornach über den Vorrang der Zeitpunct der Ueberreichung des Gesuches entscheidet, wohl zweckmäßiger ist, indem dieses hochwichtige Geschäft nicht präcipitirt, sondern dem Richter die erforderliche Muße gelassen wird, die Zulässigkeit der Willfahrung des Gesuches gehörig in Erwägung zu ziehen, und auch den Grundbuchs-Manipulanten die nöthige Zeit gegönnt wird, mit aller Verläßlichkeit die Einträge zu besorgen.

§. 18.

Wem ist der Vorzug einzuräumen, wenn die Gesuche um Einverleibung von zwei Erwerbern gleichzeitig überreicht wurden?

Das a. b. G. B. hat dieses Falles weder bei der Erwerbung des Eigenthumes noch auch bei der Erwerbung einer Hypothek gedacht. Es wurde aber bereits fast in allen Tabularpatenten bezüglich der Vormerkung die Bestimmung aufgenommen, daß bei gleichzeitiger Ueberreichung der Pränotationsgesuche, den Petenten ein gleiches Recht gebühre. Nichtsdestoweniger sind darüber Zweifel erhoben worden, wie dieses gleiche Recht realisirt werden soll. Gesetzt, es werden bezüglich einer Post von 2000 fl. Pränotationsgesuche über eine Forderung von 2000 fl. und 3000 fl. gleichzeitig überreicht. — Soll nun unter beide der Betrag von 2000 fl. gleich getheilt werden? Ich glaube, daß hier wohl das Verhältniß der Forderungen maßgebend sein dürfte, und von der Hypothek dem Einen $^3/_5$, dem Anderen $^2/_5$ zufallen.

Diese Annahme dürfte wohl auf die Analogie der Festsetzung des §. 839 des a. b. G. B. gestützt werden; denn durch die gleichzeitige Ueberreichung der Gesuche entsteht eine Gemeinschaft der Hypothek; bei einer dergleichen Gemeinschaft sind die Nutzungen nach Verhältniß der Antheile auszumessen; als solche Antheile sind wohl die einzelnen hypothecirten Forderungen anzusehen.

§. 19.

Was ist aber Rechtens, wenn es sich nicht um den Vorrang der Hypothek, sondern um ein ausschließliches Recht des Eigenthumes oder einer Servitut handelt?

Auch das Eigenthums- und Servitutsrecht schließt die Gemeinschaft nicht aus; nur wird hier nicht, wie bei Forderungen, die Theilung nach Verhältniß der Antheile, sondern zu gleichen Theilen vorgenommen, oder wo eine physische Theilung nicht zulässig ist, die Sache den Erwerbern in das Miteigenthum überlassen. Nur dort, wo ein der-

gleichen Miteigenthum unzulässig ist — z. B. bei Bauernwirthschaften — wäre weiters nach den Vorschriften über die Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthumes zu verfahren.

§. 20.

Rechtfertigung der Gemeinschaft gleichzeitiger Petenten.

Man könnte glauben, daß, nachdem auch bei gleichzeitiger Ueberreichung der Pränotationsgesuche ein Unterschied der Rechtsverhältnisse darin zu finden ist, daß dem Einen das Recht früher als dem Anderen übertragen wurde, der Vorrang Demjenigen zu geben sei, dem das Recht vom Eigenthümer früher überlassen wurde. Allein, abgesehen davon, daß sich die frühere Ueberlassung des Rechts nicht immer mit Zuverlässigkeit erweisen läßt, daß demnach durch ein betrügerisches Einverständniß die Rechte Anderer leicht beeinträchtiget werden könnten, liegt in dem Falle, wenn sich der thatsächliche frühere Erwerber mit dem späteren Erwerber gleichzeitig um die Sicherheit seines Rechtes bewarb, in der Regel ein Verschulden desselben vor, — jura vigilantibus scripta sunt, — welcher Verspätung er es demnach beizumessen haben wird, wenn dem späteren Adquirenten, der aber für die Sicherung seines Rechtes gleichzeitig Sorge trug, ein gleiches Recht eingeräumt wird.

Wo es aber auch offenbar wäre, daß das nicht frühere Einlangen des Einverleibungsgesuches von der Partei nicht verschuldet wurde, ist es unzulässig, die Priorität von einem früheren Zeitpuncte als von dem Einlangen des Gesuches im Einreichungsprotokolle abhängig zu machen; denn, schon die Begünstigung, daß der Vorrang nicht von der wirklichen Eintragung, sondern von der Einreichung des Gesuches abhängt, ist eine Ausnahme von der Regel, „daß nur dies maßgebend und entscheidend ist, was in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheint" (§. 443), und würde der Zweck der öffentlichen Bücher nicht erreicht werden, wenn die den öffentlichen Büchern vertrauenden Parteien, denen die Verpflichtung auferlegt wird, behufs der Wahrung ihrer Rechte auch im Einreichungsprotokolle nachzusehen, nicht einmal diesen Einträgen vertrauen könnten, sondern besorgen müßten, daß ihnen andere Forderungen, wiewohl die Einverleibungsgesuche gleichzeitig einlangen, gleichwohl vorgezogen werden können, wenn ohne Verschulden der Parteien das früher verfaßte Gesuch nicht auch früher beim Protokolle eingelangt ist.

Wird dagegen den gleichzeitig eingelangten Gesuchen ein gleiches

Recht ertheilt, so ist von einer Vereitlung des Zweckes der öffentlichen Bücher keine Rede, weil der Geschäfte eingehenden Partei bei der Einsichtsnahme des Protokolls nicht nur alle vorausgehenden, sondern auch alle gleichzeitig angelangten Gesuche ersichtlich sind, sie also durch die öffentlichen Bücher, als deren integrirendem Theil das Einreichungsprotokoll, durch die Festsetzung, daß die Priorität vom Momente des Einlangens des Gesuches zu beginnen habe, bezeichnet wurde, nicht getäuscht wird.

Aus dem Dargestellten ergibt sich aber auch, daß unter einer gleichzeitigen Ueberreichung nur diejenige verstanden werden könne, welche im selben Momente statt fand. Verfehlt wäre es, und den Zweck der öffentlichen Bücher vereitelnd, oder wenigstens den Verkehr erschwerend wäre es, wenn man als gleichzeitig überreichte Gesuche jene ansehen wollte, die in derselben Stunde, oder wie die baierische Gesetzgebung festsetzt, an demselben Tage einlangen.

Wer Vormittags nach der Einsichtsnahme in das Einreichungsprotokoll ein Geschäft abschließt, müßte fortan besorgen, ob nicht noch Nachmittags oder Abends sich andere Parteien melden werden, mit welchen die eingeräumte Hypothek getheilt werden müßte.

Aber auch bezüglich der bereits abgeschlossenen Geschäfte, worüber nachträglich Einverleibungsgesuche überreicht werden oder mit der Post einlangen, ist nicht abzusehen, warum den an demselben Tage eintreffenden Gesuchen ein gleiches Recht ertheilt werden sollte; zumal in diesen Fällen die frühere Einlangung des Gesuches cæteris paribus als einziges den Vorrang bedingendes Moment, wie wir bereits nachgewiesen haben, bezeichnet werden kann, und in der Regel im Falle des späteren Eintreffens der Partei ein Verschulden zur Last fällt, wobei es wohl nicht maßgebend sein kann, ob dieses Verschulden größer oder kleiner ist, ob sie mit der Eingabe mehrere Tage oder mehrere Stunden gezögert habe.

§. 21.

Ist von der allgemeinen Regel, daß nur die wirkliche Eintragung ein dingliches Recht begründe, nur in den Fällen der §§. 440, 438, 453 eine Ausnahme zuläßig?

Bezüglich dieser Frage wollen wir vor Allem in Erwägung ziehen:

I. Ob die Festsetzung der §§. 440, 438, 453, daß sich der Vorzug und der Rang nach dem Zeitpuncte des überreichten Gesuches richte, nur in Ansehung der collidiren-

den Parteien, und nicht auch in Ansehung dritter Personen, welche mittlerweilen im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher Rechte erworben haben, gelte?

Hat A seine Realität dem B und dem C verkauft, hat B früher um die Einverleibung angesucht, und ist gleichwohl, weil die Gesuche des B und C an verschiedene Referenten gelangten, oder wenn auch an denselben Referenten, durch ein Versehen desselben, das Einverleibungsgesuch des C früher vorgetragen, bewilligt und die Intabulation bewirkt worden, so kann im Grunde des §. 440 des a. b. G. B. B das Begehren stellen, daß nicht C, sondern B als Eigenthümer einverleibt werde.

Eben so ist X, wenn er sein Eintragungsgesuch wegen einer Hypothek früher als Y überreicht hätte, und wenn gleichwohl Y durch einen Manipulationsfehler früher eingetragen wurde, kraft des ihm zustehenden gesetzlichen Vorzugsrechtes zu verlangen berechtigt, daß die gesetzliche Ordnung in dem öffentlichen Buche hergestellt und Y mit seiner Hypothek ihm nachgesetzt werde. Nach Kopezky's *) Ansicht „würde dieses bei der Weigerung des Y in der gesetzlichen Frist im Wege des Recurses an die höhere Behörde gegen das ordnungswidrige Verfahren der Tabularbehörde stattfinden müssen, ohne deßwegen einen förmlichen Rechtsstreit abzuführen; denn die frühere Einverleibung des späteren Gesuchstellers war gesetzwidrig, sie konnte also dem Rechte des früheren keinen Eintrag thun.

Das Tabularinstitut darf Niemandem einen ungerechten Gewinn verschaffen. Anders wäre aber nach Kopezky's Ansicht das Verhältniß, wenn Y nach erfolgter (obschon ordnungswidriger) Eintragung seine Hypothek dem Z titulo oneroso abgetreten, dieser auch die Cession im guten Glauben und im Vertrauen auf das öffentliche Buch eintragen läßt, dann aber erst X sein Vorzugsrecht gegen den Y und rücksichtlich dessen Cessionar Z geltend machen wollte. Dieses kann nunmehr nicht geschehen, weil Z als Dritter aus dem bisher unbestritten gebliebenen Eintrag des Y auf die ihm dadurch verschaffte Sicherheit gebaut, und ein Recht auf die Priorität erworben hatte, vorausgesetzt, daß er auch im guten Glauben gewesen, von dem, dem X zustehenden Vorzugsrechte keine Wissenschaft gehabt, noch diesfalls in dem öffentlichen Buche zu Gunsten des X eine conservatorische Anmerkung enthalten war. Die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches fordert, daß jede im

*) Siehe hierüber den Aufsatz des F. I. Kopezky. Zeitsch. für österr. Rechtsgel. 1830, II. Bd. S. 7.

Vertrauen auf den Inhalt desselben vorgenommene Handlung in Ansehung Desjenigen, welcher den Einträgen gemäß, und mit gutem Glauben gehandelt hat, aufrecht und wirksam erhalten werde. Dem X würde also in diesem Falle, wenn er durch die frühere Eintragung des Y einen Schaden leidet, sein Anspruch auf Schadenersatz gegen die Tabularbehörde vorbehalten bleiben."

Wir haben bereits die Ansicht zu rechtfertigen gesucht, daß ein rechtmäßiger und redlicher Erwerber eines Gutes von einem intabulirten Vormanne ein unbestreitbares Recht erlange, wenngleich sein Vormann ganz widerrechtlich im Grunde falscher Urkunden u. dgl. intabulirt ist.

Wir haben nachgewiesen, daß die Bestimmungen des bezogenen §. 440 nur eine Ausnahme von der allgemeinen Regel: „daß dingliche Rechte auf unbewegliche Sachen nur durch die wirkliche Uebergabe (Eintragung) erlangt werden können, enthalten, und haben zugleich die Gründe auseinandergesetzt, welche den Gesetzgeber bewogen haben, diese Ausnahmen eintreten zu lassen. Nachdem nun Ausnahmen strenge zu interpretiren sind, so versteht es sich wohl von selbst, daß dieselben dort nicht zur Geltung kommen können, wo der Grund der Ausnahme nicht eintritt.

Als Grund, warum die Gesetzgebung insbesondere im §. 440 von der früheren Ueberreichung des Intabulationsgesuches den Vorzug abhängig machte, haben wir angeführt, daß bei beiden Adquirenten die Erfordernisse zur Erlangung des Eigenthumes, a) die Intabulation des Vormannes, b) der rechtmäßige Titel, c) die Redlichkeit, eintreffen, und daß nur der einzige Unterschied der früher gebetenen oder früher erwirkten Intabulation maßgebend sein könne. Wir haben nachgewiesen, daß es eine Ungerechtigkeit wäre, den Vorzug von einer fehlerhaften Manipulation oder von der Willkür des Richters abhängig zu machen, und es daher für vollkommen entsprechend gehalten, wenn dem früheren Petenten der Vorzug eingeräumt wird.

Hiebei sind wir von der Voraussetzung ausgegangen, daß auch der Zweck der Einführung der öffentlichen Bücher, „durch die Publicität die möglichste Sicherheit zu gewähren," keinen Anhaltspunct biete, einem der in gleicher Lage befindlichen Adquirenten, welche im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelten, den Vorzug zu geben. Ganz anders verhält sich aber die Sache in dem Falle, wenn einer dieser Adquirenten, sei es Derjenige, welcher früher um die Einverleibung ansuchte, oder Derjenige, welcher später das Intabulationsgesuch

überreichte, (durch eine fehlerhafte Manipulation) bereits als Eigenthümer intabulirt wurde, und einem Dritten Rechte überließ, welche dieser im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erwarb.

Hier tritt keineswegs der im §. 440 erwähnte Collisionsfall ein, denn der intabulirte Erwerber hat die Sache nicht an zwei verschiedene Personen, sondern einer einzigen überlassen. Hier findet also die allgemeine Regel volle Anwendung, daß Derjenige ein unbestreitbares Eigenthum erlangt, welcher die Sache a) vom intabulirten Vormanne, b) mittelst eines rechtmäßigen Titels, c) redlich überkommen, und d) als Eigenthümer intabulirt wurde.

Hier kommt der Grundsatz zur vollen Geltung: „Wer im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher in Gemäßheit der darin enthaltenen Einträge, und im guten Glauben gehandelt hat, der muß in dem dadurch erworbenen Rechte geschützt werden; dagegen aber auch Niemand die Unwissenheit dessen, was in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, zu seinem Vortheile anführen kann.

§. 22.

Einwendungen.

Gegen diese Ansicht könnten gleichwohl nachstehende Bedenken erhoben werden:

1. Es hat seine Richtigkeit, daß Derjenige, dem der bereits intabulirte Erwerber Rechte eingeräumt hat, auf die öffentlichen Bücher vertrauend, diese Rechte an sich brachte und daher in Schutz genommen werden soll; es ist ferners wahr, daß dieser folgende Erwerber, da nur ihm allein ein Recht übertragen wurde, nicht im Sinne des §. 440 mit einem andern Miterwerber in Collision geräth, daß sonach der Fall des §. 440 nicht vorliegt.

Indessen könnte entgegnet werden, daß auch X eben so wie Z im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelte, daß sonach jedenfalls eine Collision zwischen ihm und dem Z eintritt, daß demnach wieder nur das frühere Begehren um Einverleibung den Ausschlag geben könnte, und daher der frühere Petent, wenngleich Y und Z früher intabulirt wurden, den Vorzug haben müsse. So wie Y nach dem klaren Wortlaute des §. 440, wenn er später als X um die Einverleibung ansuchte, dem X weichen muß, so ist auch aus demselben Grunde der weitere Nachfolger des Y, sei es titulo singulari, sei es titulo universali, oder auch nur ein Gläubiger des Y, dem X nachzusetzen.

2. Ist der Cedent Y widerrechtlich und nur in Folge einer fehlerhaften Manipulation früher eingetragen worden, und sonach in Gemäßheit des §. 440 nicht als Eigenthümer anzusehen, so kann auch der Cessionar kein stärkeres Recht als der Cedent erlangen. Wird daher von zwei Adquirenten im §. 440 Derjenige geschützt, welcher früher die Eintragung begehrte, so entfällt der, wenngleich früher eingetragene zweite Adquirent; seine Eintragung wird aufgehoben und mit derselben entfallen auch alle übrigen, dritten Personen eingeräumten, wenngleich verbücherten Rechte, eben so, wie die Eintragungen auf eine nicht gerechtfertigte Pränotation gelöscht werden müssen.

§. 23.

Widerlegung.

Diese Gegengründe finden jedoch meines Dafürhaltens ihre Widerlegung in folgender Betrachtung:

Vor Allem glauben wir, daß der Fall des §. 440 mit dem in Frage stehenden keineswegs identisch ist. Der §. 440 bespricht lediglich den Fall, wenn eine Collision zwischen zwei (oder mehreren) Personen entsteht, denen dieselbe Sache vom Eigenthümer überlassen wurde. Hier aber handelt es sich um die Collision zwischen einem Erwerber und dritten Personen, welche vom zweiten Erwerber bereits Rechte erworben haben.

In dem Falle des §. 440 hat die Gesetzgebung den früheren Petenten in Schutz genommen, weil, wie wir nachgewiesen haben, bei ganz gleicher Stellung beider Erwerber, dem früheren Petenten schon deßhalb der Vorzug eingeräumt werden mußte, damit die wichtigsten Rechte nicht von der Willkür der Richter und Manipulanten abhängig gemacht werden, wobei der Grundsatz vigilantibus jura scripta Beachtung fand, und ordnungsmäßig Derjenige vorzugsweise berücksichtiget wurde, welcher sich um die Wahrung seiner Rechte unverweilt bekümmerte und zuerst um die Einverleibung einschritt. Wenn sonach der spätere Petent nachgesetzt wird, so hat er dies in der Regel seiner Lässigkeit, seinem eigenen Verschulden beizumessen.

Ein Verschulden tritt aber Seitens des früheren Petenten dem dritten redlichen Erwerber gegenüber ein, wenn der frühere Petent gegen die frühere Eintragung des zweiten Erwerbers, gestützt auf das frühere Intabulationsgesuch und die Festsetzung des §. 440, nicht sogleich Einsprache erhob und diese nicht sogleich in den öffentlichen Büchern ersichtlich machen ließ.

Hier hätte er es demnach zu verantworten, daß der redliche Rechtsnehmer des Intabulirten irre geführt wurde.

Dem dritten Erwerber gegenüber entfällt sonach der Grund, welcher die Gesetzgebung bestimmte, den früheren Petenten zu schützen; und er müßte sich alle Lasten, welche nach der, wenngleich fehlerhaft früher bewirkten Intabulation zu einer Zeit, als die Streitanhängigkeit noch nicht angemerkt war, eingetragen wurden, gefallen lassen, und selbst auf das Eigenthum könnte er keinen Anspruch machen, wenn dasselbe von dem als Eigenthümer Intabulirten vor der Ersichtlichmachung, daß die Intabulation angefochten wurde, auf einen dritten redlichen Erwerber überging; denn, wie wir bereits ausführlich nachgewiesen haben, wird Derjenige, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher Rechte redlich erwarb, damit der Zweck der öffentlichen Bücher aufrecht erhalten werde, stets in Schutz genommen, und nur im Collisionsfalle mit einem zweiten Erwerber kann dieser Zweck nicht den Ausschlag geben, weil beide Erwerber auf die öffentlichen Bücher vertrauten. Im fraglichen Falle haben wohl auch der erste Petent und Derjenige, welcher vom zweiten früher intabulirten Petenten Rechte erworben hat, den öffentlichen Büchern vertraut; es tritt also auch hier eine Collision von zwei Gleichberechtigten ein; allein hier kann der Unterschied, wer früher um die Einverleibung ansuchte, nicht wie im Falle des §. 440 wegen der Verschiedenheit der Fälle als maßgebend bezeichnet werden.

Hier muß ein anderes Kriterium aufgesucht werden, welches den ersten Petenten oder den dritten redlichen Erwerber vorzuziehen gebietet.

Auch in dem gegebenen Falle finden wir keine vollkommene Gleichheit beider Adquirenten; X und Z haben im gegebenen Beispiele das Recht vom Intabulirten überkommen; beide haben auf die öffentlichen Bücher vertraut; daß X früher um die Einverleibung ansuchte, als Z, kann diesem Letzteren nicht zum Nachtheile gereichen, weil er, so lange sein Vormann Y nicht intabulirt war, um die Einverleibung des von diesem erworbenen Rechtes gar nicht ansuchen konnte.

Wohl aber wird die Gleichheit der Ansprüche durch die frühere oder spätere Wahrung der Rechte aufgehoben. Hat der frühere Petent die bewirkte Intabulation des späteren Petenten unangefochten gelassen, hat er keine conservatorische Anmerkung in den öffentlichen Büchern erwirkt, so ist er offenbar im Verschulden, daß ein Dritter im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher das intabulirte Recht ganz oder zum Theil an sich brachte.

Hat aber eine dergleichen Anmerkung stattgefunden, so entfällt der gute Glaube des dritten Erwerbers, welcher, wie wir nachweisen werden, auch dann nicht in Schutz zu nehmen ist, wenn er außerbücherlich in Erfahrung brachte, daß die Eintragung im öffentlichen Buche nicht verläßlich ist.

In der Collision mit einem Dritten kann sonach nur der Unterschied maßgebend sein, ob die Anfechtung des ersten Petenten oder aber die Intabulation des dritten Erwerbers früher statt fand. Hier hat also, nachdem die Ausnahme des §. 440 keine Anwendung findet, die allgemeine Regel zu gelten, daß Derjenige, welcher durch einen rechtmäßigen Titel auf redliche Art ein Recht von einem intabulirten Vormanne überkommt, dasselbe unangefochten behaupten könne.

Von der Redlichkeit der Erwerbung kann aber dort keine Rede sein, wo in dem öffentlichen Buche vor der Erwerbung die Anmerkung bereits vorkommt, daß die Post streitig ist.

Diejenigen, welche unserer Ansicht nicht beipflichten, daß der rechtmäßige und redliche Erwerber das unanfechtbare Recht erwirbt, wenn sein Vormann nur als Eigenthümer eingetragen ist (ohne es thatsächlich zu sein), werden im gegebenen Falle dem Z gleichfalls alles Recht absprechen, und zwar ohne Unterschied, ob zur Zeit der Erwerbung der unterlaufene Irrthum der früheren Eintragung des Y in den öffentlichen Büchern bereits ersichtlich gemacht wurde oder nicht.

Dagegen werden Diejenigen, welche des Dafürhaltens sind, daß es behufs der Aufrechthaltung des Zweckes der öffentlichen Bücher erforderlich ist, auch jene Adquirenten in Schutz zu nehmen, welche im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher von einem widerrechtlich intabulirten Vormanne ein Recht erworben haben, unzweifelhaft im gegebenen Falle das Recht des Z anerkennen; denn dies ist, faßt man die Sache scharf in's Auge, gewiß ganz einerlei, ob der intabulirte Vormann deßhalb ungebührlich eingetragen wurde, weil X früher um die Einverleibung ansuchte, oder ob seine Intabulation deßhalb ungiltig ist, weil er keinen rechtmäßigen Titel nachzuweisen vermag, oder irgend einen Betrug gespielt und so die Intabulation erschlichen hat. — In Ansehung eines Dritten, der von allen diesen Irrthümern, Widerrechtlichkeiten und Betrügereien keine Wissenschaft hat, erscheint er in allen diesen Fällen als berechtigter Eigenthümer. So wie nun dem um sein Recht geprellten früheren, in den öffentlichen Büchern nicht mehr eingetragenen Eigenthümer der dritte Erwerber im Interesse

der öffentlichen Bücher vorgezogen wird, so erhält dieser dritte Erwerber auch den Vorzug vor dem früheren Petenten, der durch einen Irrthum in die öffentlichen Bücher als Eigenthümer nicht eingetragen war.

Wir wollen diese schwierigen Rechtsverhältnisse in einigen Beispielen anschaulicher zu machen suchen. Gesetzt X ist intabulirter Eigenthümer des Hauses Nr. 120. Dem Y gelingt es durch Verfälschung von Urkunden, am 1. Mai 1864 als Eigenthümer dieses Hauses intabulirt zu werden. Dieser Y verkauft dasselbe am 3. Mai 1864 dem Z, welcher am 10. Mai 1864 als Eigenthümer intabulirt wird. X, dem in Folge der Umtriebe des Y keine Nachricht von der bewirkten Intabulation zukam, weil Y die Bescheide übernahm und die Unterschrift des X nachmachte, erfährt erst im Monat Juni den gespielten Betrug.

Gleichwohl kann er sich nur an den Y und nicht an den Z halten; weil bezüglich dieses Letzteren alle Erfordernisse eintreffen, welche zur Erlangung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen vorgezeichnet sind.

Wer da behaupten will, daß X befugt wäre, dem Z das Eigenthum streitig zu machen, verkennt das Wesen und den Zweck des Instituts der öffentlichen Bücher. Wäre es thatsächlich im Gesetze gegründet, daß Z zu weichen habe, dann wäre es allerdings räthlicher, das so kostspielige Institut der öffentlichen Bücher über Bord zu werfen. Wozu dieser äußerst kostspielige Apparat, wenn man gleichwohl das im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher redlich und rechtmäßig erworbene Recht verlieren müßte, weil die öffentlichen Bücher fälschlich Jemanden als Berechtigten ausgewiesen, der es thatsächlich nicht ist. Die Hebung des Credits, die angestrebte Sicherheit der Rechte, die Belebung des Verkehrs, können doch nur dann erzielt werden, wenn der Erwerber nicht erst Nachforschungen zu pflegen hat, ob der als Eigenthümer eingetragene Vormann durch einen betrügerischen Act oder aus Versehen (vor einem früheren Petenten) einverleibt worden ist.

Dieser dritte Erwerber kann aber, wie wir in der Folge nachweisen werden, im Interesse der öffentlichen Bücher nur dann in Schutz genommen werden, wenn er in bona fide war, d. i., wenn er weder aus einer Anmerkung in den öffentlichen Büchern, noch sonst auf eine Art erfahren hat, daß es zweifelhaft sei, ob sein Vormann rechtmäßig als Eigenthümer intabulirt wurde.

§. 24.

Bezüglich der Frage, ob die Ausnahme des §. 440, daß der frühere Petent den Vorzug habe, auch auf andere in diesem Paragraphe nicht ausdrücklich angeführten Fälle Anwendung finde, wollen wir nun in Erwägung ziehen.

II. Ob diese Ausnahme auch dann Geltung habe, wenn nicht das Eigenthumsrecht, sondern das Pfand-, Servituts-, Pachtrecht zwei oder mehreren verschiedenen Personen vom Eigenthümer überlassen wurde?

1. Belangend das Pfandrecht, tritt ganz dasselbe Rechtsverhältniß ein, wie bezüglich des Eigenthumsrechtes. Es ist gleichfalls ein dingliches Recht, welches daher nach der Regel des §. 451 des a. b. G. B. auf unbewegliche Sachen nur durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben werden kann. Das bloße Gesuch um die Einverleibung verschafft noch kein dingliches Recht. Gleichwohl räumt das Gesetz im §. 440 bei der Ueberlassung einer unbeweglichen Sache an zwei (oder mehrere) verschiedene Personen aus den bereits ausführlich dargestellten Gründen Demjenigen den Vorzug ein, der früher die Einverleibung angesucht hat. Dieselben Gründe treten auch im Falle der Ueberlassung der Hypothek an mehrere Personen ein. Hier entsteht zwar keine Collision bezüglich des Pfandrechtes selbst, wohl aber rücksichtlich der Priorität, welcher Vorrang mitunter von großem Belange sein kann, wenn nämlich der nachgesetzte Gläubiger gar keine oder keine genügende Deckung fände.

2. Rücksichtlich der zwei verschiedenen Personen überlassenen Servituten ist die Lösung der Frage, ob die Festsetzung des §. 440 auch auf Dienstbarkeiten Anwendung findet, dort gleichgiltig, wo beide Rechte neben einander bestehen können. So kann ich z. B. das Recht des Durchganges durch mein Pförtchen zwei, auch drei und mehreren benachbarten Hausbesitzern einräumen, — wobei es auf die Ausübung dieses Rechtes nicht den mindesten Einfluß übt, wem dieselbe früher überlassen wurde, welcher von ihnen früher die Einverleibung ansuchte, oder — früher einverleibt wurde.

Sind aber die Dienstbarkeiten ausschließender Natur, so entsteht allerdings eine Collision der Erwerber. Wurde z. B. zwei verschiedenen Personen der Fruchtgenuß des Gutes X überlassen, so hat nach allgemeinen Grundsätzen Derjenige das dingliche Recht erworben, der früher einverleibt wurde. Nach der Bestimmung des §. 440 würde

aber diese Servitut derjenigen Person zufallen, welche früher um die Einverleibung eingeschritten ist; denn, wenngleich die Festsetzung des §. 440 eine Ausnahmsbestimmung enthält, und Ausnahmen keine Ausdehnung zulassen, so ist doch in Erwägung zu ziehen, daß der §. 440 nicht ausdrücklich vom Eigenthumsrechte spricht, sondern von der Ueberlassung einer unbeweglichen Sache, und im zweiten Absatze nur die Worte enthält: „so fällt sie derjenigen zu" — nicht aber die Worte: „so fällt das Eigenthum derjenigen zu."

Aber wenn auch der §. 440 ausdrücklich nur vom Eigenthum Erwähnung gemacht hätte, so würde doch im Grunde des §. 445 die Festsetzung dieses Paragraphes auch auf andere dingliche Rechte, auf Hypotheken und Servituten Anwendung finden.

Hiezu gesellt sich noch die Betrachtung, daß, wenn auch die Worte des §. 440 einen Zweifel übrig lassen, ob diese Anordnung auch auf andere dingliche Rechte auszudehnen sei, nach §. 6 und 7 des a. b. G. B. dieser Festsetzung eine analoge Anwendung auf ganz gleiche Fälle zugestanden werden müßte; zumal eben so, wie bei der Uebertragung des Eigenthumes, auch bei der Ueberlassung einer Hypothek oder eines Servitutsrechtes an mehrere Personen, die alle einen gleichen Rechtstitel haben, in bona fide sind, und vom intabulirten Vormann das Recht überkommen haben, das frühere Intabulationsgesuch schon deßhalb den Ausschlag geben muß, weil auch hier belangreiche Rechte von einer ordnungswidrig früher bewerkstelligten Einverleibung, von einer fehlerhaften Manipulation, von der Willkür des Richters und der grundbücherlichen Beamten nicht abhängig gemacht werden können.

§. 25.

3. Ist die Ausnahmsbestimmung des §. 440 auch auf den Fall zu beziehen, wenn der Eigenthümer eines Gutes dasselbe an zwei verschiedene Pächter überlassen hat?

Für die verneinende Beantwortung dieser Frage scheinen folgende Gründe zu sprechen: Es waltet zwischen der Bestandnahme und der Uebertragung eines dinglichen Rechtes der bedeutende Unterschied ob, daß dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, das Eigenthum auf unbewegliche Sachen nicht anders erworben werden könne, als durch die Eintragung in dieselben, während das in dem Pachtvertrage zugestandene Recht schon in Folge des Pachtvertrages und der physischen Uebergabe des verpachteten Gutes ohne alle Einverleibung erworben wird. Zur Wirksamkeit und vollen Giltigkeit des Pacht-

vertrages ist die Einverleibung durchaus nicht erforderlich. Wer ein Pachtgut verpachtet und physisch übergeben hat, der darf dasselbe nicht mehr einem Dritten verpachten, und der Dritte darf das bereits früher verpachtete Gut nicht übernehmen. Der Kauf bricht die Miethe; daß aber auch der spätere Pachtvertrag einen früheren aufhebe, wird nirgends festgesetzt. Nur zur Geltendmachung des Bestandrechtes dem neuen Erwerber des Eigenthumes gegenüber, fordert das Gesetz im §. 1120 die Eintragung des Pachtvertrages; dem neuen Pächter gegenüber bedarf es dieses Schutzmittels nicht. Wer sonach ein Gut in Pacht überkommen hat, der ist gegen jeden zweiten Pächter sicher, wenngleich der neue Pächter früher die Einverleibung angesucht hätte. Dem neuen Pächter steht bloß eine Evictionsklage gegen den Verpächter zu, der die einem Dritten bereits verpachtete Sache ihm übertragen hat, keineswegs aber irgend ein Recht gegen den früheren Pächter.

§. 26.

Widerlegung.

Wir sind jedoch des Erachtens, daß die Bestimmung des §. 440 auch auf den Fall anzuwenden sei, wenn der Eigenthümer dasselbe Gut zwei verschiedenen Personen verpachtet hat; auch hier fällt, nach unserem Dafürhalten, Demjenigen die Sache zu, der früher die Einverleibung angesucht hat. Der hervorgehobene Unterschied zwischen einem Kauf- und Pachtvertrag bietet keineswegs ein Argument zur Widerlegung der Ansicht, daß, wenn dieselbe unbewegliche Sache zwei verschiedenen Personen in Pacht überlassen wird, derjenige Pächter, welcher früher die Einverleibung ansuchte, zufolge des §. 440 vorzuziehen sei; denn sowohl der Kaufvertrag über eine unbewegliche Sache, als auch der Pachtvertrag wandelt das ertheilte Recht nur dann in ein dingliches um, wenn die Einverleibung erfolgte. Sind die vertragschließenden Theile über das Wesentliche des Bestandes, nämlich über die Sache und den Preis, übereingekommen, so ist der Vertrag vollkommen abgeschlossen, und der Gebrauch der Sache für gekauft anzusehen (§. 1094 des a. b. G. B.). Es finden sonach auf den Bestandvertrag die Vorschriften über den Kaufvertrag volle Anwendung, in wiefern im Hauptstücke über den Bestandvertrag nicht besondere Bestimmungen enthalten sind. So wie nun dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, das dingliche Recht über eine gekaufte Sache nicht durch die physische, sondern durch die bücherliche Uebergabe erlangt

wird, so setzt auch der §. 1095 des a. b. G. B. fest: „Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches zu betrachten.“ Wenn man nun in Gemäßheit des §. 445 nach den im V. Hauptstücke über die Erwerbungs- und Erlöschungsart des Eigenthumsrechtes unbeweglicher Sachen gegebenen Vorschriften sich auch bei den übrigen auf unbewegliche Sachen sich beziehenden dinglichen Rechte zu verhalten hat, so folgt daraus, daß die Festsetzung des §. 440 auch auf das durch die Einverleibung dinglich gewordene Recht des Bestandnehmers Anwendung findet. Wurde demnach das Recht des Bestandnehmers einverleibt, hat aber ein anderer Bestandnehmer früher um die Einverleibung angesucht, so ist der frühere Petent vorzuziehen. Beide haben im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, in welchen noch kein Bestandvertrag eingetragen war, die Sache in Bestand genommen; Beide hatten sonach die volle Beruhigung, daß ihnen kein dingliches Pachtrecht entgegnet werden könne; mag immerhin der eine Pächter bereits in physischen Besitz eingeführt worden sein, so gewährt dieser physische Besitz, eben so wie beim Kaufe eines Gutes, noch keineswegs ein dingliches Recht, welches gegen Jedermann, sonach auch gegen den zweiten Erwerber geltend gemacht werden könnte. Es sollte demnach auch beim Pachtvertrag nur der Umstand entscheidend sein, wer früher einverleibt wurde. Nachdem aber die frühere Einverleibung nicht in der Macht der Contrahenten steht, so mußte wohl die Entscheidung, wem das Vorrecht gebühre, von einem Acte der Contrahenten, sonach von dem früheren Gesuche, keineswegs aber von der Willkür des Richters, welchen von beiden er früher einzutragen beliebt, abhängig gemacht werden. Glaubt man, daß es ungerecht sei, einem Pächter, der ordnungsmäßig einen Pachtvertrag abgeschlossen, der das Gut bereits in den physischen Besitz übernommen hat, die Verpflichtung aufzuerlegen, einem zweiten Pächter die Pachtung zu überlassen, weil dieser früher die Einverleibung ansuchte, so müßte man überhaupt auch beim Kaufvertrag die Festsetzung des §. 440 als ungerecht bezeichnen, daß der Käufer eines Gutes, der vielleicht den Kaufschilling schon gezahlt hat, und in den physischen Besitz bereits eingeführt wurde, dem späteren Käufer, der jedoch früher um die Intabulation eingeschritten ist, weichen müsse. In wiefern der frühere Impetrant gleichwohl nachzusetzen ist, falls er außerbücherlich hievon Kenntniß erlangte, daß der Verpächter das Gut bereits einem Dritten verpachtete, wird am gehörigen Orte erörtert werden.

§. 27.

4. Findet die Festsetzung des §. 440 auch dann Anwendung, wenn der Eigenthümer eines Gutes dasselbe Einem verkaufte, dem Anderen z. B. auf 10 Jahre verpachtete?

Auch hier muß der frühere Intabulationswerber, derselbe mag der Käufer oder der Pächter sein, den Vorzug erhalten, vorausgesetzt, daß er in bona fide ist; denn zwischen dem Kauf- und Pachtvertrag tritt nur der Unterschied ein, daß beim Kaufe die Sache selbst, und zwar in der Regel auf immer überlassen wird, beim Pachtvertrag aber nur der Gebrauch der Sache, und zwar in der Regel auf eine bestimmte Zeit gekauft wird (§. 1094). Sowohl der Käufer als der Pächter erhalten durch die Intabulation ein dingliches Recht (§. 1095); da nun die Festsetzung des §. 440 zufolge des §. 445 von allen dinglichen Rechten zu gelten hat, da ferner im §. 440 nicht eine besondere Gattung der Verträge hervorgehoben wird; da ferner die Gesetzgebung nirgends einen unentgeltlichen Titel vor einem anderen gleichfalls unentgeltlichen Titel den Vorzug einräumt, so muß wohl auch angenommen werden, daß sie den Pächter in gleichen Schutz nehmen wolle wie den Käufer — und bei eintretender Collision zwischen beiden — den Vorzug cæteris paribus gleichfalls von der früheren Ueberreichung des Intabulationsgesuches abhängig machen wollte; zumal es auch hier nicht zu rechtfertigen wäre, die früher bewirkte Intabulation als maßgebend zu bezeichnen, und die Rechte der Parteien der Willkür der Richter zu überlassen.

Hat sonach der Pächter früher die Intabulation angesucht, so hat Derjenige, welcher das Gut, wenngleich vor der Verpachtung desselben, kaufte, die Pachtung anzuerkennen; umgekehrt müßte aber, wenn der Käufer früher die Einverleibung ansuchte, der Pächter, wenngleich er bereits vor dem Kaufe das Gut gepachtet hätte, dem neuen Besitzer nach gehöriger Aufkündigung weichen. (§. 1120.)

§. 28.

5. Aus den eben angeführten Gründen findet die Anordnung des §. 440 auch dann Anwendung, wenn der Eigenthümer Einem das Gut verkaufte und einem Anderen eine Servitut oder eine Hypothek einräumte.

§. 29.

III. Die Festsetzung des §. 440 hat auch dann zu gelten, wenn nicht der Eigenthümer des Gutes, sondern der Besitzer einer Hypothek dieselbe an zwei verschiedene Personen überließ; der früher um die Einverleibung Einschreitende wird den Vorrang haben.

Der §. 440 spricht nicht ausschließlich vom Eigenthümer einer Realität, sondern vom Eigenthümer einer Sache; als solcher ist aber auch der Besitzer einer Hypothek anzusehen; auch spricht dieser Paragraph nicht von der Ueberlassung des Eigenthumes, sondern von der Ueberlassung einer Sache überhaupt, sonach auch von der Ueberlassung einer Hypothek.

§. 30.

IV. Ist in dem Falle des §. 440 der frühere Petent auch dann vorzuziehen, wenn er nicht die Intabulation, sondern die Pränotation ansuchte?

Erwägt man, daß die Gesetzgebung im §. 440 dem früheren Intabulationswerber den Vorzug deßhalb einräumte, weil er Derjenige ist, welcher unter sonst gleichen Rechtsverhältnissen, sich früher um die Sicherung seines Anspruches bewarb, und der spätere Petent seiner Lässigkeit die Nachsetzung beizumessen hat; erwägt man weiters, daß dieses Bestreben schon durch ein Pränotationsgesuch kundgegeben wird, und daß der Adquirent nicht immer in der Lage ist, sogleich ein intabulationsfähiges Instrument vorzuweisen; daß übrigens die Wirkungen der Pränotation von der Rechtfertigung derselben abhängen, und eine gerechtfertigte Vormerkung nach Vorschrift der Gesetze bis zum Tage des ordnungsmäßig überreichten Gesuches rückwirkt, so wird man wohl zugeben müssen, daß auch Demjenigen der Vorzug gebührt, der früher lediglich die Pränotation ansuchte, mag es sich um die Erwerbung des Eigenthums, einer Servitut, Hypothek oder eines Pachtrechtes handeln.

§. 31.

V. Auf das bloße Besitzrecht ist die Vorschrift des §. 440 nicht zu beziehen.

Wenngleich der §. 445 des a. b. G. B. im Allgemeinen verfügt, daß die im V. Hauptstücke enthaltenen Vorschriften bei allen dinglichen Rechten Anwendung finden, und das Recht des Besitzes nach §. 308 des a. b. G. B. auch zu den dinglichen Sachenrechten zählt, so besteht doch das Eigenthümliche der Besitzrechte darin, daß

diese nur als ein Ausfluß des wirklichen Besitzes anzusehen sind, und der §. 322 des a. b. G. B. die besondere, von der Festsetzung des §. 440 abweichende Bestimmung enthält, daß, wenn eine unbewegliche Sache nach und nach an mehrere Personen überlassen wird, dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, das Besitzrecht ausschließlich Demjenigen zusteht, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist.

Dritter Abschnitt.

Einfluß der Redlichkeit des Erwerbers auf die Rechtswirkungen der Einverleibung.

§. 32.

Erlangt man durch die frühere Ueberreichung des Einverleibungsgesuches auch dann den Vorzug, wenn man in mala fide ist, d. h. wenn man außerbücherlich erfahren hat, daß der Verleiher des Rechtes damit bereits anderweitig verfügt hat?

Wiewohl diese Frage bereits Professor Dr. Michael Schuster in einem gehaltvollen Aufsatze*): „Ueber die Auslegung der Festsetzung des §. 440 des a. b. G. B.," einer eindringlichen und scharfsinnigen Erörterung unterzog — und wiewohl seine Ansicht bereits vom Freiherrn Dr. Carl Josef Pratobevera in einigen kurzen Anmerkungen geprüft und widerlegt wurde, so kann ich es doch nicht vermeiden, eine der belangreichsten Fragen des Tabularrechtes abermals zur Sprache zu bringen; zumal die Besprechung eines in den längst vergriffenen Materialien Pratobevera's enthaltenen Aufsatzes über die Rechtswirkung der so häufig vorkommenden Veräußerungen einer Sache an zwei verschiedene Personen den angehenden Justizbeamten nicht unerwünscht sein dürfte. Dr. Michael Schuster ist der Ansicht, daß Derjenige, dem es zur Zeit des mit dem wahren Eigenthümer geschlossenen Vertrages bekannt war, daß einem Dritten auf die Sache, worüber er auch sofort das Erwerbungsgeschäft zur Einverleibung einbringt, ein Rechtstitel zur Erwerbung des Eigenthums oder einer Servitut gebühre, dem Dritten das Eigenthum und die Ausübung der Servitut überlassen müsse. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht führt Dr. Schuster beiläufig folgende Gründe an:

1. Der §. 440 des a. b. G. B. verfügt zwar, ohne einen Unterschied zu machen, ob derjenige von zwei Käufern, welcher früher um

---

*) Mat. Bd. VI., S. 220 – 263.

die Einverleibung ansuchte, wußte oder nicht wußte, daß die Sache einem Anderen bereits überlassen wurde, im Allgemeinen: „Hat der Eigenthümer eben dieselbe unbewegliche Sache zwei verschiedenen Personen überlassen, so fällt sie derjenigen zu, welche früher die Einverleibung angesucht hat *); allein wird die Frage: ob das dingliche Sachenrecht durch den Vertrag allein, oder nur mittelst der Uebergabe erworben werde, mit den natürlichen Rechtsgrundsätzen zusammengehalten, so stellt sich ein ganz anderes Ergebniß, als nach dem österreichischen Gesetzbuche, dar; denn nach jenen begründet ein Vertrag, wenn anders eine völlig bestimmte Sache versprochen und angenommen wird, keineswegs einen bloßen Rechtstitel, sondern er ist zugleich der Act der Erwerbung selbst. Er gewährt nicht nur ein persönliches, sondern zugleich ohne alle Uebergabe ein dingliches Sachenrecht. Wenn daher die nämliche Sache an zwei verschiedene Personen veräußert wird, so gebührt sie nicht dem ersten Uebernehmer, sondern demjenigen, welcher früher den Vertrag geschlossen hat, und dieser würde sie von jedem späteren Erwerber abfordern, das heißt mittelst einer dinglichen, nämlich der Eigenthumsklage (rei vindicatio), ansprechen können." — Gleichwohl hat die positive Gesetzgebung erklärt, daß der Titel zur wirklichen Erwerbung eines dinglichen Rechtes noch nicht genüge, und daß hiezu die Uebergabe erforderlich sei. Dies that die Gesetzgebung, um alle Rechtsunsicherheit zu bannen und den Erwerbern die volle Beruhigung zu gewähren, daß, falls die Sache ihnen übergeben wurde, dieselbe ihnen kein früherer oft nur angeblicher Erwerber entziehen könne. Der Gesetzgeber wollte unzweifelhaft dem Vorsichtigen eine ergiebige Maßregel darbieten, sich gegen erdichtete und selbst auch wahre, jedoch aus keinem Wahrzeichen ersichtliche Anmaßungen sicher zu stellen. Der Gesetzgeber ist daher auch weit entfernt, Diejenigen an diesem Rechtsmittel Antheil nehmen zu lassen, denen die früheren Vertragsrechte eines Dritten bekannt sind, welche also wohl wissen,

---

*) Dr. Schuster bemerkt vor Allem: „Da sich nun der Gesetzgeber so bestimmt und unbedingt ausgesprochen hat, so darf es auch nicht befremden, wenn die meisten österreichischen Rechtsgelehrten auch nicht von dem entferntesten Zweifel angeregt werden, daß nicht jeder Fall ohne Ausnahme, wo dieselbe Sache an zwei verschiedenen Personen veräußert wird, nach obiger einleuchtender Vorschrift entschieden werden müsse." Hierauf bemerkt Freiherr v. Pratobevera: „Da diese Ansicht auch dem Herausgeber nicht irrig, sondern gesetzmäßig dünkt, so hat er einige Anmerkungen und Zweifel, ohne tiefere Erörterung, zur weiteren Untersuchung beizufügen geglaubt."

daß der Uebergeber nur der Verwahrer der in seiner Gewahrsame noch befindlichen Sache ist, in welcher Eigenschaft er doch das für ihn verlorene Eigenthumsrecht an einen Dritten zu überlassen nicht mehr berechtigt sein kann.

Dr. Schuster ist sonach des Dafürhaltens, daß, nachdem in Gemäßheit des §. 6 des a. b. G. B. die klare Absicht des Gesetzgebers maßgebend ist, und der Gesetzgeber gegen alle natürlichen Rechtsgrundsätze — zur Erwerbung des Eigenthumes nebst dem Titel die Uebergabe offenbar nur deßhalb vorzeichnet, um den redlichen Erwerber zu schützen, — so müsse zugegeben werden, daß der Gesetzgeber ungeachtet des allgemeinen Ausspruches der §§. 430 und 440 dennoch der Ausnahme Platz gegeben habe, „insofern dem Uebernehmer die früheren Vertragsrechte eines Dritten nicht bekannt waren.“ Zu dieser Folgerung hält sich Dr. S. um so mehr vollkommen berechtigt, als ganz unverträglich mit dem reinen Geiste, der in allen Vorschriften des Gesetzbuches die strengste Gerechtigkeit athmend, jede Arglist bekämpft, der Gedanke wäre: unser Gesetzgeber wollte auf Kosten des obschon unvorsichtigen Redlichen dem Arglistigen einen Vortheil zuwenden, welchen doch alle ausgezeichneten Gesetzbücher, nämlich das römische, preußische, französische, versagen.

§. 33.

ad 1. Freiherr von Pratobevera bemerkt: „Daß auch im Naturrecht der vom Dr. S. aufgestellte Satz: „der Titel gewähre nicht bloß ein persönliches Recht, sondern zugleich ohne alle Uebergabe ein dingliches Sachenrecht, nicht unbestritten sei (Zeiller natürl. Privatrecht §. 109)“. Gegen die Behauptung des Dr. S.: „daß der Gesetzgeber Diejenigen nicht in Schutz nehmen wollte, denen die früheren Vertragsrechte eines Dritten bekannt sind, welche also wohl wissen, daß der Uebergeber nur der Verwahrer der in seiner Gewahrsame noch befindlichen Sache ist, in welcher Eigenschaft er doch das für ihn verlorene Eigenthumsrecht an einen Dritten zu überlassen nicht mehr berechtigt sein kann,“ wendet Freiherr von Pratobevera ein: „Hier scheint eine petitio principii offenbar vorzuwalten. Der Veräußerer hat ja das Eigenthum vor der Uebergabe der Sache nach dem Civilgesetze §§. 430, 440, 1048, 1051, 1064, 1311 u. a. nicht verloren und ist kein bloßer Verwahrer. Die Wissenschaft des späteren Uebernehmers um den früheren Vertrag, hebe die gesetzlichen Dispositionen noch nicht auf.“

Ohne mich in die Erörterung der Frage einzulassen, ob nach natürlichen Rechtsgrundsätzen schon durch den bloßen Titel ein dingliches Sachenrecht erworben werde, oder ob hiezu die Uebergabe erforderlich sei, halte ich doch dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, die Eintragung in dieselben als ein unzweifelhaft rein positives Erforderniß zur Erlangung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen, und muß daher bezüglich der unbeweglichen Sachen, sonach bezüglich der Festsetzung des §. 440 des a. b. G. B. (welche allein Gegenstand der vorliegenden Erörterung ist), insofern der Ansicht des Dr. S. beipflichten, als ich des Erachtens bin, daß nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen Derjenige, dem eine unbewegliche Sache verkauft und bereits in den physischen Besitz übergeben worden ist, unzweifelhaft das Eigenthum derselben bereits erwarb; daß sonach ein Dritter, dem der frühere Eigenthümer dieselbe Sache verkaufte, weichen müßte. Wenn nun die positive Gesetzgebung diesen späteren Verkauf gleichwohl in Kraft erhält, und dem zweiten Erwerber das Eigenthum einräumt, sobald er früher um die Einverleibung ansuchte, so erscheint diese Bestimmung unstreitig als eine rein positive, mit den natürlichen Rechtsgrundsätzen nicht im Einklange stehende Festsetzung. Bei dem Streben der Gesetzgebung, das positive Gesetz mit den natürlichen Rechtsgrundsätzen in Uebereinstimmung zu bringen, muß wohl, wie bereits Dr. S. bemerkte, angenommen werden, daß die Gesetzgebung wichtige Gründe, welche die Unbrauchbarkeit des natürlichen Ausspruches für den bürgerlichen Verein darstellen, zu dieser Abweichung bestimmten. — Treten diese Gründe, in dem vorausgesetzten Falle, daß der neue Erwerber bereits Wissenschaft von einer früheren Veräußerung hatte, nicht ein, so kann doch füglich angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Abweichung von den natürlichen Rechtsgrundsätzen nicht auch auf diesen Fall ausgedehnt wissen wollte.

Forscht man nun nach dem Grunde, warum der Gesetzgeber die, wenigstens in dem vorausgesetzten Falle, daß an den ersten Erwerber bereits die physische Uebergabe erfolgte, offenbar den natürlichen Rechtsgrundsätzen widerstreitende Anordnung im §. 440 getroffen hat, so gelangt man leicht zur Ueberzeugung, daß der Grund überhaupt in dem Zwecke der Einführung der öffentlichen Bücher gelegen ist, den Erwerbern unbeweglicher Sachen die Sicherheit des Eigenthumes zu verschaffen, welche jedenfalls gefährdet wäre, wenn der Käufer, ungeachtet er bereits als Eigenthümer einverleibt wurde, verpflichtet wäre, die gekaufte

Sache einem Anderen, der die Sache früher kaufte, zu überlassen. Wie wir bereits oben dargethan haben, wollte die Gesetzgebung die Wohlthat der öffentlichen Bücher nur den redlichen Erwerbern, nicht aber Leuten, die wissentlich ein fremdes Gut von Jemanden an sich bringen, der das Verfügungsrecht darüber bereits aufgab, angedeihen lassen. Es ist also auch anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch die im gegebenen Falle von den natürlichen Rechtsgrundsätzen abweichende Bestimmung des §. 440 offenbar nur einen unverschuldeten Schaden vom späteren Erwerber abwenden wollte; denn dafür zeigen so viele Bestimmungen des a. b. G. B., daß der Gesetzgeber den guten Glauben selbst gegen das wirkliche Recht — die Redlichkeit des Erwerbers selbst gegen den Eigenthümer in Schutz nimmt, dagegen Denjenigen der im Verschulden ist, der wissentlich eine mangelhafte, eine schadhafte, eine werthlose, eine fremde Sache an sich bringt, der an der widerrechtlichen Handlung des Dritten Theil nahm, oder dieselbe offenbar wissen mußte, durchaus nicht schirmen wolle.

Ist nun der Grund, welcher die Gesetzgebung bewogen hat, im §. 440 eine von den natürlichen Rechtsgrundsätzen abweichende positive Anordnung zu treffen, ermittelt, und ist zugleich dargethan, daß dieser Grund in dem vorausgesetzten Falle, daß der neue Erwerber von einer früheren Veräußerung und physischen Uebergabe Wissenschaft hatte, nicht eintritt, so folgt von selbst, ohne sich eine petitio principii zu Schulden kommen zu lassen, die Richtigkeit der Behauptung, daß die Gesetzgebung die im §. 440 enthaltene Abweichung von den natürlichen Rechtsgrundsätzen nicht auch auf den in Frage stehenden Fall auszudehnen beabsichtigte. — Da ferner zufolge des §. 6 des a. b. G. B. dem Gesetze kein anderer Verstand beizulegen ist, als welcher aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet, so glauben auch wir mit Grund annehmen zu sollen, daß die Anordnung des §. 440 den Fall ausschließe, wenn der neue Erwerber zur Zeit der Erwerbung bereits gewußt hat, daß die unbewegliche Sache einem Andern früher verkauft und in physischen Besitz übergeben wurde.

Gegen diese Ansicht kann die Einwendung nicht erhoben werden, daß der Eigenthümer das Recht zur weiteren Veräußerung nicht verloren habe, so lange er noch als Eigenthümer intabulirt erscheint, und daß der erste Erwerber das Eigenthum thatsächlich nicht erwarb, so lange der Erwerbungsact den öffentlichen Büchern nicht einverleibt

wurde, daß sonach der neue Erwerber keineswegs unredlich handle, wenn er auch wissentlich eine derlei einem Dritten bereits überlassene Sache übernimmt; denn wir haben nur in Betracht gezogen, wie diese Erwerbung nach natürlichen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen wäre, und sind des festen Dafürhaltens, daß nach natürlichen Rechtsgrundsätzen Derjenige, welcher seine unbewegliche Sache verkauft und in den physischen Besitz übergeben hat, das Eigenthum unzweifelhaft bereits verloren, und der Käufer dasselbe erworben habe. Wenn nun gleichwohl der Verkäufer dieselbe einem Dritten verkauft, so erscheint der neue Erwerber, falls er von dem Vorgange Wissenschaft hat, jedenfalls als ein unredlicher Erwerber. — Dem Vorausgeschickten zufolge könnte der Dritte das vom Nichteigenthümer überkommene, bereits in das Eigenthum des ersten Käufers übergangene Gut nach natürlichen Rechtsgrundsätzen nicht vindiciren, gleichviel ob er in bona oder mala fide war — ob ihm nämlich bekannt oder nicht bekannt war, daß er eine bereits einem anderen Käufer früher verkaufte und physisch übergebene Sache an sich brachte. Wenn nun das positive Gesetz anders verfügt, so glauben wir doch, daß die Gesetzgebung keineswegs auch zu Gunsten des nach natürlichen Rechtsgrundsätzen als unredlich erscheinenden neuen Erwerbers die mit den Rechtsgrundsätzen nicht übereinstimmende Regel des §. 440 aufstellen wollte.

Man wende nicht ein, daß, so lange der Eigenthümer als solcher in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheint, und so lange der erste Käufer die Einverleibung nicht erwirkte, weder der Verkäufer das Verfügungsrecht verloren, noch auch der Käufer das Eigenthumsrecht erworben habe; daß sonach die Anordnung des §. 440 ganz im Einklange mit anderweitigen positiven Bestimmungen des a. b. G. B. stehe, und wenn die Anordnung des §. 440 des a. b. G. B. auch nicht ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen wäre, sie gleichwohl im Grunde der §§. 444 und 431 des a. b. G. B. sich von selbst verstehen würde, insofern der dritte Erwerber thatsächlich intabulirt wurde.

Wir haben bereits nachgewiesen, daß die Regel des §. 444, eben so wie die gleiche Festsetzung des §. 469 des a. b. G. B., nur bezüglich dritter Personen volle Geltung habe, die von dem Aufgeben des Eigenthumes und des Hypothekarrechtes keine Wissenschaft, sonach im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher ein Recht, das thatsächlich aufgehört hat, überkommen haben; daß daher die positive Fiction im §. 444 nur den redlichen Erwerbern zu statten komme.

§. 34.

Bisher haben wir im Hinblicke auf die natürlichen Rechtsgrundsätze und in weiterer Beachtung, daß nach demselben das Eigenthum einer verkauften Sache, sobald die physische Uebergabe erfolgte, unstreitig auf den Käufer übergeht; — dann in Erwägung, daß die Gesetzgebung nicht ohne wichtigen Grund eine diesen Grundsätzen widersprechende Anordnung im §. 440 getroffen haben dürfte; und in fernerer Erwägung, daß dieser Grund bezüglich Desjenigen, der von einer früheren Veräußerung Kenntniß erhielt, nicht eintrete, uns für die Ansicht ausgesprochen, daß die Regel des bezogenen §. 440 dann keine Anwendung finde, wenn die ursprünglich verkaufte Sache bereits in den physischen Besitz übergeben, und der dritte, spätere, um die Einverleibung einschreitende Käufer von diesem Vorgange Wissenschaft hatte. Nun frägt es sich, ob in dem Falle, wenn die Sache an den ersten Käufer noch nicht physisch übergeben wurde, eine Ausnahme von der Regel auch stattfinde, sobald der um die Einverleibung früher ansuchende Käufer wußte, daß die unbewegliche Sache bereits früher einem Dritten verkauft wurde?

Dr. S. meint, wie bereits bemerkt wurde, daß auch in dem Falle, wenn die physische Uebergabe noch nicht erfolgte, nach natürlichen Rechtsgrundsätzen der Käufer ein dingliches Sachenrecht erwerbe; daß sonach auch in diesem Falle das positive Gesetz im §. 440 des a. b. G. B. eine Abweichung von den natürlichen Rechtsgrundsätzen enthalte, die nach der Absicht des Gesetzgebers Denjenigen nicht zu statten kommen soll, denen die früheren Vertragsrechte eines Dritten bekannt sind; welche also wohl wissen, daß der Uebergeber nur der Verwahrer der in seiner Gewahrsame noch befindlichen Sache ist, in welcher Eigenschaft er doch das für ihn verlorene Eigenthumsrecht an einen Dritten zu überlassen nicht mehr berechtigt sein kann.

Gegen dieses Argument bemerkte Freiherr v. P., daß es vor Allem streitig sei, ob nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen ohne Uebergabe ein dingliches Recht erworben werde; daß ferner der Verkäufer bis zur Uebergabe nicht als bloßer Verwahrer, sondern als Eigenthümer anzusehen sei.

Aus dieser Bemerkung ist sonach zu ersehen, daß Freiherr v. P. vor Allem der Ansicht ist, daß die Festsetzung des §. 440 keineswegs im gegebenen Falle eine den natürlichen Rechtsgrundsätzen widersprechende Verfügung enthalte; daß ferner, nachdem der Verkäufer vor

der Uebergabe noch immer Eigenthümer, sonach berechtiget ist, die bereits verkaufte Sache einem Dritten zu verkaufen, nicht gesagt werden könne, daß der dritte Erwerber, wenn er auch von dem früheren Verkaufe Wissenschaft habe, in mala fide sich befinde.

Wenn wir auch der Behauptung des Dr. S., daß nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen schon durch den bloßen Titel ohne Uebergabe ein dingliches Recht erworben werde, nicht beipflichten, und wenn ferner im positiven Gesetz im §. 1053 des a. b. G. B. thatsächlich die Bestimmung enthalten ist: „Bis zur Uebergabe behält der Verkäufer das Eigenthumsrecht" — so sind wir doch des Erachtens, daß nach natürlichen Rechtsgrundsätzen Derjenige, der seine Sache bereits verkaufte, sich des anderweitigen Verfügungsrechtes begeben habe, und die Sache, wenngleich der Käufer vor der Uebergabe noch nicht das Eigenthum erwarb, nicht mehr einem Dritten verkaufen dürfe. Auch nach dem positiven Gesetze ist es nicht ausgemacht, daß der Gesetzgeber dem Verkäufer im §. 1053 vor der Uebergabe das unbeschränkte Eigenthumsrecht, sonach auch das beliebige Verfügungsrecht zugestehen wollte. Es scheint vielmehr die bezogene Stelle nur anzudeuten, daß bis zur Uebergabe der Käufer nicht als Eigenthümer angesehen werden könne, daß alle Nutzungen u. s. w. noch fortan dem Verkäufer gehören, daß ihn der zufällige Schade treffe u. dgl. Wollte man aber behaupten, daß ihm auch das beliebige Verfügungsrecht eingeräumt wurde, so würde die Gesetzgebung in Widerspruch mit der Anordnung des §. 1061 des a. b. G. B. gerathen: „Der Verkäufer ist schuldig, die Sache bis zur Zeit der Uebergabe sorgfältig zu verwahren und sie dem Käufer nach eben den Vorschriften zu übergeben, welche oben bei dem Tausche (§. 1047) aufgestellt worden sind." Uebrigens handelt es sich hier nicht darum, was nach dem positiven Gesetze Rechtens ist. Es ist blos die Frage zu lösen, ob der Verkäufer, welcher die Sache bereits verkaufte, nach natürlichen Rechtsgrundsätzen vor erfolgter Uebergabe befugt sei, die Sache einem Dritten zu verkaufen.

So viel ist gewiß, daß auch nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen Derjenige, welcher seine Sache verkaufte, schuldig sei, dieselbe dem Käufer zu übergeben. Beim Bestande dieser Verpflichtung kann ihm wohl das Recht nicht eingeräumt werden, die Sache einem Dritten zu verkaufen. Wo aber das Befugniß entfällt, einem Dritten ein Recht zu überlassen, dort kann der Dritte das Recht nicht erwerben.

Wenn nun die Gesetzgebung eine diesen natürlichen Rechtsgrundsätzen widersprechende Bestimmung in dem §. 410 des a. b. G. B. aufgenommen hat, so konnte sie dies, wie bereits oben nachgewiesen wurde, nur bezüglich Desjenigen gethan haben, der hievon keine Kenntniß hatte, daß der Verkäufer die Sache bereits verkaufte, sonach sich des weiteren Verfügungsrechtes begeben habe.

Daß die Gesetzgebung nur den redlichen dritten Erwerber in Schutz nehmen wollte, dürfte meines Dafürhaltens auch aus der analogen Bestimmung des §. 1026 des a. b. G. B. zu entnehmen sein, welcher festsetzt:

„Auch bleiben die mit einem Dritten, dem die Aufhebung der Vollmacht (sonach der Berechtigung überhaupt) ohne sein Verschulden unbekannt war, geschlossenen Verträge verbindlich, und der Gewaltgeber kann sich nur bei dem Gewalthaber, der die Aufhebung verschwiegen hat, wegen seines Schadens erholen.“

§. 35.

Fortsetzung.

2. Dr. S. führt ferner an: „Ich will mich nicht auf allgemein im Gesetzbuche klar ausgesprochene Rechtsprincipien berufen, z. B., daß das Unerlaubte kein Gegenstand eines giltigen Vertrages sein könne, daß man aus dem Nachtheile eines Andern keinen Vortheil ziehen dürfe, daß nur ein redliches Benehmen eine Rechtsquelle sein könne. Ja, nicht einmal in der Grundlehre vom unredlichen Besitze, welche mir mannigfaltige Stützen darbieten könnte, soll ein Anhaltspunct gesucht werden, weil ich mich dadurch der Einwendung aussetzen dürfte, daß, da der §. 430 und 440 einen bestimmten Fall eigens entscheidet, der daraus hervorgehende geistige Umfang ausschließlich aus dessen deutlichem Wortlaute aufgefaßt, und nicht durch andere mit der Bestimmung der beiden Paragraphe im Contrast stehende allgemeine Grundsätze eingeengt werden dürfe, indem das Allgemeine jederzeit dem Besondern weichen muß.“

Freiherr v. P. erhebt dagegen in der Anmerkung auch anderweitige Einwendungen: „Der zweite Erwerber, der sich die Sache übergeben läßt, wird durch die bloße Wissenschaft allein, daß sie früher veräußert worden, noch kein unredlicher, betrüglicher oder doloser Acquirent; er weiß, daß das Eigenthum der Sache noch nicht auf

den ersten Contrahenten übergangen sei: er bedient sich daher bloß seines Rechtes, indem er die Sache sich übergeben läßt (§. 1305). Ist es in Rücksicht dieses Dritten z. B. nicht gleich viel, ob der zweite Contrahent die Sache kauft, und mit dem Kaufschilling eine Forderung an den Veräußerer kompensirt; oder ob er diese Forderung noch geschwind auf das veräußerte Gut pränotiren läßt, um deren Willen der erste Käufer das Gut am Ende auch fahren lassen muß? Jura vigilantibus scripta sunt. Ist der zweite Contrahent schuldig, die Beschaffenheit der ersten Veräußerung zu untersuchen, ob sie giltig sei, ob der erste Käufer nicht davon abgehe, da er die gesetzliche Erwerbungsart vernachlässige u. s. w.? Dolus könnte also nur unter besonderen Umständen angenommen und müßte strenge erwiesen werden. Diese Entgegnung stützt sich zuvörderst auf die Annahme, daß durch den Verkauf das Eigenthum der Sache auf den ersten Contrahenten noch nicht übergangen sei.

Allein, bei der Entscheidung der Frage, ob der zweite Erwerber ein unredlicher, betrüglicher, doloser Acquirent sei, ist wohl nicht darauf zu sehen, ob der erste Contrahent bereits das Eigenthum erworben und der zweite Käufer hiervon Wissenschaft gehabt habe, sondern es genügt das Wissen, daß der Verkäufer das Verfügungsrecht (Verkaufsrecht) bereits verloren habe, daß er sowohl zufolge der natürlichen als der positiven Rechtsgrundsätze verpflichtet ist, die Sache der im Vertrage übernommenen Verbindlichkeit gemäß dem ersten Contrahenten zu überlassen.

Daß Derjenige, welcher weiß, daß dem Ueberlasser nicht das Verfügungsrecht über die Sache zusteht, als unredlicher Erwerber erscheint und vom Gesetze nicht in Schutz genommen wird, erhellet meines Dafürhaltens insbesondere aus der Anordnung des eben bezogenen §. 1026. Gesetzt, der Machthaber habe, zur Zeit als die Vollmacht noch nicht aufgehoben war, ein Haus dem A verkauft, bald darauf verkauft er, jedoch nach bereits aufgehobener Vollmacht, dasselbe Haus dem B, der weder von dem früheren Verkaufe, noch von der Aufhebung der Vollmacht eine Wissenschaft hatte, und sich als Eigenthümer in die öffentlichen Bücher einverleiben läßt. Hier wird sowohl in Gemäßheit des §. 440 als auch zufolge des §. 1026 des a. b. G. B. der zweite Käufer unzweifelhaft als Eigenthümer anerkannt werden müssen; weil nach §. 1026, wenngleich die Vollmacht aufgehoben wurde, die mit einen Dritten abgeschlossenen Verträge giltig sind, sobald es dem Erwerber ohne sein Verschulden unbekannt war,

daß die Vollmacht aufgehoben worden ist. Der mit dem zweiten Contrahenten abgeschlossene Vertrag ist sonach so anzusehen, als ob er noch vom berechtigten Machthaber, sonach vom Eigenthümer selbst eingegangen worden wäre, weßhalb die im §. 440 des a. b. G. B. aufgestellte Regel über die vom Eigenthümer vorgenommene Veräußerung zur Anwendung kommt, der zufolge die Sache dem zweiten Contrahenten, welcher früher um die Einverleibung ansuchte, zufällt.

Nehmen wir aber an, daß B von der Aufhebung der Vollmacht zur Zeit des geschlossenen Vertrages bereits Kenntniß hatte, so wird dieser Vertrag in Gemäßheit des §. 1026 nicht in Kraft erhalten, und B wird, wenngleich er früher um die Einverleibung ansuchte, dennoch weichen müssen.

Da sowohl im ersten als im zweiten Falle alle Umstände sich gleich blieben und nur der einzige Unterschied des Wissens und des Nichtwissens des Aufhörens des Verfügungsrechtes des Ueberlassers (des Bevollmächtigten) eintritt, so kann wohl nicht behauptet werden, daß dieses Wissen bei der Anwendung des §. 440 nicht maßgebend sei *).

§. 36.

3. Sehr scharfsinnig entnimmt Dr. S. zur Begründung seiner Ansicht ein Argument aus der Anordnung der §§. 367 und 368 des a. b. G. B.

Insbesondere beruft er sich auf den dritten Fall des §. 367, nach welchem die Eigenthumsklage gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt findet, wenn er beweiset, daß er die Sache gegen Entgeld von Jemanden an sich gebracht hat, dem sie der

---

*) Zur weiteren Begründung seiner Ansicht führt Dr. S. die Verfügung des §. 425 des a. b. G. B. an, in welchem es heißt: „das Eigenthum und alle dinglichen Rechte überhaupt können nur durch eine rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden. Rechtlichkeit liegt aber dann nicht zu Grunde, wenn eine Sache übergeben und übernommen wird, welche, wie es beiden Theilen wohl bekannt ist, ohne Verletzung der Gerechtsame eines Dritten, nicht mehr überlassen werden kann.

Gegen dieses, auch meines Erachtens, den aufgestellten Satz nicht erweisende Argument, hat Freiherr von P. bemerkt, daß die rechtliche Uebergabe im §. 425 nicht auf die subjective juristische, oder gar moralische Fähigkeit der Person, sondern auf die objective äußere Beschaffenheit der Tradition, wie sie das positive Gesetz in den unmittelbar darauf folgenden Paragraphen zur rechtlichen (d. i. legalen) Uebergabe und Uebernahme erfordert, beziehe.

Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer andern Absicht anvertraut hatte.

„Diese Vorschrift steht mit den natürlichen Rechtsgrundsätzen im auffallendsten Gegensatze, da nach derselben einerseits der Eigenthümer, ohne eingewilligt zu haben, somit gegen die klare Norm des natürlichen Rechtsgesetzes, seines Eigenthums verlustig, und andererseits das Eigenthum aus der Hand eines Nichteigenthümers erworben werden kann."

„Worin besteht wohl die Ursache dieser auffallenden Abweichung von dem Rechtsgesetze? — Darin, daß die Vermuthung des Eigenthumsrechtes, welche überhaupt für jeden Besitzer streitet, zur Sicherung des Verkehrs auch dann Platz greifen müsse, wenn sie durch schuldbare Unvorsichtigkeit oder Sorglosigkeit des wirklichen Eigenthümers veranlaßt worden wäre, zugleich aber des Uebernehmers Betragen schuldlos, offen und auf die öffentliche Anstalt vertrauend war. Nun aber befindet sich im Falle des §. 367 der Eigenthümer, welcher seine Sache aus was immer für einer Ursache einer Person anvertraut, die das Vertrauen verletzend die Sache unbefugt veräußert, in einem offenbaren Verschulden, weil er dadurch bei der dritten Person, welche die Sache an sich bringt, die rechtliche Vermuthung des dem Inhaber zustehenden Eigenthumsrechtes erwecken mußte, folglich sich auch als der veranlassenden Ursache den Verlust seines Eigenthums gefallen lassen muß. Das Gesetz setzt jedoch, wie aus diesem und dem nachfolgenden §. 368 ersichtlich wird, voraus, daß der Uebernehmer sich im guten Glauben befinde, d. i. keine Kenntniß von der Nichtberechtigung des Uebergebers erlangt haben müsse."

Dr. S. fährt weiters fort: „Erwägen wir nun den im §. 367 und 368 ausgesprochenen Grundsatz, so kann uns auch die Ueberzeugung nicht entgehen, daß derselbe wirklich jene Ausnahme ausspreche, welche nach meiner Behauptung gegen den allgemeinen Ausspruch des §. 430 und 440 Statt zu finden hat; denn jene beiden Paragraphe sprechen ja deutlich aus, daß der Uebernehmer einer, Jemanden anvertrauten und von diesem mittelst Uebergabe veräußerten beweglichen Sache, nur dann das Eigenthum erwerbe, wenn ihm der Umstand der Anvertrauung unbekannt war. Wenn aber Jemand aus einem Kauf, oder einem andern zur Uebertragung des Eigenthumes fähigen Titel, gegen einen Besitzer das unstreitige Recht, auf die Uebergabe der Sache zu dringen, erwirbt, sie aber nicht übernimmt, sondern in den Händen des Besitzers beläßt, so ist ja demselben die Sache gleichfalls in

Verwahrung gegeben, zum wenigsten ihm anvertraut worden, weil er das gesammte ihm auf die Sache zustehende Recht auf den Käufer übertragen hat, folglich auch von keinem ihm mehr zustehenden Rechte, wohl aber nur von der Verbindlichkeit, die Sache vor Schaden zu sichern, die Rede sein kann (§. 957, 958.). Es ist daher auch im gegenwärtigen Fall die offenbare Rechtsidentität des §. 367 und 368 nicht zu verkennen, weil der erstere Paragraph nicht nur den Fall, wo eine Sache Jemanden ausdrücklich zum Gebrauch oder zur Verwahrung gegeben, voraussetzt, sondern zugleich auch, wie es im Paragraph ausdrücklich heißt, jenen Fall, wenn ihm die Sache in was immer für einer Absicht anvertraut wird, mit einschließt. Daß aber ein Verkäufer in Ansehung der verkauften und nicht übergebenen Sache nach dem Ausspruche des Gesetzbuches als ein Verwahrer zu behandeln sei, wird sogar im §. 1061 klar ausgesprochen. Veräußert daher derselbe dessenungeachtet die Sache an einen Dritten, so wird auch der Uebernehmer, da alle Bedingungen des §. 367 und 368 vorhanden sind, gleichfalls nur dann gegen den früheren Käufer eines Vorzugs genießen, wenn ihm die früheren Kaufrechte unbekannt waren."

Dagegen bemerkt Freiherr v. P.: „Die Folgerung aus den §§. 367 und 368 scheint unzulässig; denn diese Anordnungen haben andere Objecte und Rechtsverhältnisse zum Gegenstande, als die §§. 430 und 440. In den ersteren wird dem wahren Eigenthümer das Vindicationsrecht gegen den unredlichen Besitzer verwahrt; nach den letzteren soll, wie der Herr Verfasser glaubt, der erste Käufer ohne Uebergabe schon das Vindicationsrecht ausüben dürfen, und der Veräußerer ein bloßer Verwahrer sein, was unrichtig ist: die Gefahr des Untergangs der Sache müßte sonst von dem Augenblicke des Vertrages, auch ohne Uebergabe, jedesmal auf den ersten Käufer übergehen, was den §§. 1018, 1051, 1064, 1311 widerspräche. Die Identität und Analogie der §§. 367, 368, 371, 1061 ist also unerwiesen."

Dr. S. besorgte eine andere Einwendung, nämlich die, daß die §§. 367 und 368 nur den Fall einer veräußerten beweglichen Sache voraussetzen, daß daher der gelieferte Beweis auf bewegliche Sachen beschränkt werden müsse, und auf den Fall einer veräußerten unbeweglichen Sache nicht dahin ausgedehnt werden dürfe, daß Derjenige, welcher früher die Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes bewirkt hat, dem früheren Vertragserrichter nur dann nachstehen müsse, wenn ihm dessen frühere Vertragsrechte bekannt waren. Dr. S. ist

jedoch des Erachtens, daß zufolge des §. 7, ein durch den Wortlaut des Gesetzes übergangener Fall, nach einem andern, in dem Gesetze bestimmt entschiedenen ähnlichen Falle, und nach den Gründen anderer damit verwandten Gesetze allerdings zu entscheiden sei. Daß aber der §. 367 in Zusammenhaltung mit dem §. 368 in Rücksicht auf die zu erörternde Rechtsfrage einen mit jenem Falle, wenn der Gegenstand der Veräußerung eine unbewegliche Sache ist, ganz identischen Fall entscheidet, läßt sich nach der Ansicht des Dr. S. nicht verkennen; „indem es sich in beiden Fällen nur um die Frage handelt, ob unter mehreren Personen, an welche dieselbe Sache veräußert, und an eine von ihnen übergeben wird, der Vorzug dieser oder derjenigen gebühre, welche den Vertrag früher geschlossen hat? Nach der klaren Vorschrift der §§. 431, 433, 434, 435, 441 vertritt ja in Hinsicht der unbeweglichen Sachen die Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes nur die Stelle der körperlichen Uebergabe; sie ist daher gleichfalls eine, und zwar intellectuelle oder juridische Uebergabe, welche sich, eben so wie die symbolische von der wirklichen, nur der Form, nicht aber der Wesenheit oder den rechtlichen Wirkungen nach unterscheidet. Was daher in Absicht auf eine an mehrere Personen veräußerte bewegliche Sache Rechtens ist, muß es in der Regel im nämlichen Falle auch in Absicht einer unbeweglichen Sache sein."

Auch abgesehen davon, daß der §. 367 sich bloß auf bewegliche, der §. 440 aber auf unbewegliche Sachen bezieht, sind, wie bereits Freiherr v. P. bemerkte, die Fälle des §. 367 und der in Frage stehende keineswegs ganz identisch, denn der §. 367 bespricht das Vindicationsrecht des Eigenthümers gegen den unredlichen Besitzer, während Dr. S. die Frage zu lösen sucht, wann dem ersten Contrahenten, der noch keineswegs Eigenthümer ist, gegen den Besitzer das Vindicationsrecht zustehe.

Wiewohl jedoch beide Fälle keineswegs identisch sind, so läßt sich dennoch eine analoge Aehnlichkeit nicht verkennen; denn wenn auch in beiden Fällen die Eigenschaft der Kläger verschieden ist (Eigenthümer — Nichteigenthümer), so ist doch die Eigenschaft der Belangten in beiden Fällen, und die Art der Ansichbringung Seitens der Belangten gleich. In beiden Fällen werden die Besitzer belangt, und zwar im §. 367 der physische, im §. 440 der Tabularbesitzer; und in beiden Fällen haben die Belangten eine Sache von einer zur Uebertragung nicht befugten Person an sich gebracht.

Diese letztere Aehnlichkeit ist unzweifelhaft; denn wie wir bereits

dargethan haben, hat der Verkäufer auch vor der Uebergabe, wiewohl er in einer Beziehung nach §. 1053 als Eigenthümer anzusehen ist, keineswegs ein vollständiges unbeschränktes Eigenthumsrecht, sondern nach der klaren Vorschrift des §. 1021 die Verpflichtung eines Verwahrers, sonach keineswegs das Befugniß, die Sache wieder einem Dritten zu verkaufen. Wird dem Eigenthümer irgend eine Verpflichtung, eine Beschränkung, eine Last, selbst die clausula non alienandi auferlegt, so hört er deßwegen nicht auf, Eigenthümer zu sein. Es wird daher mit Recht im §. 1053 der Verkäufer vor der Uebergabe Eigenthümer genannt, wiewohl ihm nach §. 1021 das Befugniß nicht mehr zusteht, die bereits verkaufte Sache anderweitig zu veräußern. Hat er dies nichtsdestoweniger gethan, so hat der neue Käufer die Sache von einer zum Verkaufe unbefugten Person, und zwar von Jemandem überkommen, dem die Sache vom Kläger anvertraut wurde. Die analoge Aehnlichkeit der Bestimmung des dritten Falles des §. 367 und des in Frage stehenden Falles dürfte daher unzweifelhaft sein.

Zieht man bei dieser obwaltenden Aehnlichkeit den Schluß, daß ein Recht, welches dem Eigenthümer nach §. 367 nicht eingeräumt wurde, in unserem Falle auch Demjenigen nicht zustehe, der ein bloß persönliches Recht hat, so ist dies allerdings eine ganz richtige Folgerung. Kann sonach selbst der Eigenthümer gegen den redlichen Besitzer in dem dritten Falle des §. 367 nicht auftreten, so werden wir um so weniger dem bloß persönlich Berechtigten dieses Recht einräumen. In dieser Beziehung ist sonach die Festsetzung des §. 440, in wiefern der erste Käufer dem späteren redlichen Erwerber weichen muß, mit der Anordnung des §. 367 ganz übereinstimmend. Der §. 367 enthält aber zugleich die Bestimmung, daß der Eigenthümer gegen den unredlichen Besitzer das Vindicationsrecht ausüben dürfe. Nun frägt es sich, ob in dem Falle des §. 440 auch dem bloß persönlich Berechtigten dasselbe Recht zustehe, welches der Eigenthümer nach §. 367 dem unredlichen Erwerber gegenüber ausüben darf.

Wird dem Eigenthümer gegen den unredlichen Besitzer im §. 367 das Vindicationsrecht nicht streitig gemacht, so folgt zwar nicht daraus, daß der bloß persönlich Berechtigte in dem Falle des §. 440 dieses Recht gleichfalls haben müsse, weil beide diese Fälle nicht identisch sind. Nachdem sie aber, wie nachgewiesen wurde, jedenfalls eine analoge Aehnlichkeit haben, so ist allerdings ein analoger Schluß zulässig, daß der Gesetzgeber auch dem persönlich Berechtigten

ein gleiches Befugniß gegen den unredlichen Besitzer einräumen wollte, zumal bei der Bestimmung der §§. 367 und 368, nicht so sehr die Eigenschaft des Klägers es ist (der sowohl dem redlichen als unredlichen Besitzer gegenüber als Eigenthümer erscheint), welche den Ausschlag gibt, sondern zumeist die bona oder mala fides des Gegners berücksichtiget wird.

Nach natürlichen Rechtsgrundsätzen muß der unredliche Besitzer dem Eigenthümer weichen. Dieses Gesetz wurde im §. 367 selbst dort in Kraft erhalten, wo, wie im dritten Falle dieses Paragraphes, ein Verschulden des Eigenthümers unterlief, der seine Sache einer des Vertrauens unwürdigen Person überließ.

Um so weniger sollte man daran zweifeln, daß die Gesetzgebung den unredlichen Erwerber dann nicht in Schutz nehmen wollte, wenn mitunter dem Kläger gar kein Verschulden zur Last fällt, wenn z. B. der Verkäufer den Käufer mit der Uebergabe hintangehalten; zumal die österreichische Gesetzgebung der Unredlichkeit durchwegs abhold ist und im §. 335 des a. b. G. B. dem unredlichen Besitzer ohne Unterschied, ob er bloß physischer oder auch Tabularbesitzer ist, die Verpflichtung auferlegt, nicht nur alle erlangten Vortheile zurückzustellen, sondern auch Diejenigen, welche der Verkürzte erlangt haben würde.

§. 37.

Wir haben zugegeben, daß der Fall des §. 367 mit dem in Frage stehenden nach §. 440 zu beurtheilenden nicht ganz identisch sei, zumal dort es der Eigenthümer selbst ist, der gegen den unredlichen Besitzer das Vindicationsrecht ausübt, während hier der Kläger, welcher vor der Uebergabe das Eigenthum noch nicht erlangt hat, gegen den unredlichen Besitzer auftritt. Gleichwohl haben wir anderweitige Aehnlichkeiten nachgewiesen, welche zu einer analogen Folgerung um so mehr berechtigen, als selbst der bemerkte Unterschied bei Vindicationen nicht so hoch in Anschlag zu bringen ist; denn auch die im §. 372 des a. b. G. B. zugelassene Actio Publiciana beweiset zur Genüge, daß der Kläger selbst dann, wenn er sein Eigenthum nicht zu erweisen vermag, gegen den unredlichen Besitzer in Schutz genommen wird.

Nach den Bestimmungen der §§. 372, 373 und 374 des a. b. G. B. ist es klar, daß die Eigenthumsklage nicht nur dem Eigenthümer, sondern auch Demjenigen zustehe, der ein stärkeres Recht zum Besitze nachweist, und daß nur dann, wenn der Kläger lediglich einen gleichen

oder gar einen schwächeren Titel zu erweisen vermag, dem Geklagten kraft des Besitzes der Vorzug gebühre.

Wie wäre nun der in Frage stehende Fall nach den bezogenen Vorschriften über die Actio Publiciana zu beurtheilen?

Nach der Voraussetzung hat Kläger ein Haus gekauft, aber um die Einverleibung noch nicht angesucht; mittlerweilen kauft ein Zweiter dieses Haus und nimmt es in Besitz, wohl wissend, daß dem Verkäufer das Recht der weiteren Veräußerung nicht mehr zustand, und daß der erste Käufer das Recht habe, kraft des geschlossenen Kaufvertrages auf die Uebergabe des Hauses zu dringen. Nehmen wir überdies an, daß der Verkäufer nach dem Verkaufe das Haus einem Andern unentgeltlich überlassen habe, (denn der §. 440 macht diesfalls keinen Unterschied, ob die nachfolgende Ueberlassung gegen Entgelt oder unentgeltlich stattfand).

Beurtheilen wir nun diesen Fall nach den über die Actio Publiciana gegebenen Vorschriften, so werden wir den Beschenkten zur Ueberlassung des Hauses verhalten müssen; denn wenngleich beide einen rechtmäßigen Titel nachweisen, so hat doch der zweite Erwerber das Haus von einem Vormann überkommen, der das Recht der weiteren Veräußerung bereits aufgab; auch hat der zweite Erwerber wissentlich eine bereits verkaufte Sache an sich gebracht, sonach unredlich gehandelt, und überdies die Sache unentgeltlich erhalten, während der Kläger sie vom unbeschränkten Eigenthümer auf eine entgeltliche Art und überdies bereits früher redlicher Weise an sich brachte. Es treten sonach bezüglich des ersten Acquirenten so viele Momente ein, welche ein stärkeres Recht begründen.

Wahr ist es, daß auch der bei der Actio Publiciana vorausgesetzte Fall nicht ganz identisch mit dem fraglichen Falle ist, weil bei der Actio Publiciana vorausgesetzt wird, daß der das Eigenthum nachzuweisen unvermögende Kläger einmal im Besitze war, und den Besitz verloren hat, während hier der erste Käufer vorausgesetztermaßen noch nicht in den Besitz gelangte und diesen erst erlangen will.

Gleichwohl wird Niemand zweifeln, daß beide Fälle, wenn auch nicht ganz identisch, doch jedenfalls analog sind, und es dürfte wohl zuläßig erscheinen, aus den Festsetzungen über den analogen Fall der Actio Publiciana den Schluß zu ziehen, daß der Gesetzgeber das stärkere Recht gegen das schwächere, d. i. die Erwerbung vom Eigenthümer, gegen eine Ansichbringung von einem Vormanne, dem das Dis-

positionsrecht nicht mehr zustand, den Redlichen gegen den Unredlichen, und bei ganz gleichen Verhältnissen die entgeltliche Ansichbringung vor der unentgeldlichen auch im §. 440 in Schutz nehmen wollte.

Dieses stärkere Recht des Klägers wird auch durch den Umstand nicht aufgewogen, daß der Belangte sich thatsächlich im Besitze befindet; denn nur bei ganz gleichen Verhältnissen ist der Besitzer vorzuziehen, während er dem Kläger weichen muß, wenn der rechtmäßige Titel des Klägers ein entgeltlicher, der des Belangten ein unentgeltlicher ist.

Ein besonderes Gewicht dürfte die Gesetzgebung darauf nicht gelegt haben, daß der Kläger schon einmal im Besitze war; denn unzweifelhaft ist es, daß die Gesetzgebung das stärkere Recht in Schutz nehmen wollte; die Uebernahme in den Besitz gewährt jedoch kein stärkeres Recht, wie aus der Anordnung des §. 373, wo die Fälle des stärkeren Rechtes aufgezählt werden, ersichtlich ist. — Die Uebergabe ist nur ein Wahrzeichen, damit Jedermann den Eigenthümer erkenne, ist aber dort ganz gleichgiltig, wo ungeachtet des mangelnden Wahrzeichens dem neuen Erwerber anderweitig bekannt war, daß die Sache einer dritten Person gehöre, oder wo ihm bekannt ist, daß ungeachtet des noch vorhandenen Wahrzeichens (noch andauernde Intabulation des Vormannes), derselbe bereits seine Rechte an einen Dritten überlassen hat. Die Uebergabe dient sonach nur zur Warnung und Sicherung, sie vermag aber, eben so wie die Errichtung eines schriftlichen Vertrages, kein stärkeres Recht zu verleihen *).

Ist der Belangte im Besitze, so erlangt er hierdurch jedenfalls Vortheile, aber nur die Vortheile des Besitzes, und zwar gleichviel, ob der Kläger im Besitze war und denselben verloren hat, oder ob er noch nie im Besitze gewesen ist.

Bei der Actio Publiciana gewährt der Besitz dem Belangten insbesondere den Vortheil, daß er als der Besitzer die Redlichkeit und Rechtmäßigkeit nicht zu beweisen brauche, daß dem Kläger obliege, sein stärkeres Recht darzuthun, und daß bei sonst gleichen Verhältnissen der Besitzer vorgezogen wird.

Daß aber der Kläger einmal im Besitze war, verleiht ihm weder das Besitzrecht (weil dieses nur dem Besitzer zusteht und er den Besitz bereits verloren hat), noch auch ein stärkeres Recht, es sei denn,

*) Die Gesetzgebung fordert nur bei einigen Verträgen, und zwar nur ausnahmsweise zur Giltigkeit des Vertrages die schriftliche Errichtung einer Urkunde oder mitunter die Uebergabe.

daß er sich auf einen Titel beruft, der nur in Folge der Uebergabe Giltigkeit erhält.

Wiewohl wir keineswegs behaupten, daß in unserem Falle dem Kläger die Actio Publiciana zustehe, so glauben wir doch die Aehnlichkeit beider Fälle hervorgehoben und nachgewiesen zu haben, daß, wenn die Gesetzgebung bei der Actio Publiciana dem stärkeren Rechte den Vorzug einräumt, wohl auch anzunehmen sei, daß sie im Falle des §. 440 den Kläger gegen den unredlichen Besitzer in Schutz nehmen wollte, falls sich das Recht des Klägers nach §. 373 des a. b. G. B. als ein stärkeres darstellt.

§. 38.

4. Dr. S. will für die Behauptung, „daß, wenn dieselbe unbewegliche Sache an mehrere Personen zum Eigenthum überlassen wird, der Vorzug Demjenigen, welcher der erste die Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes bewirkt, nur dann gebühre, wenn ihm der einem Dritten auf die nämliche Sache bereits zustehende Rechtstitel unbenannt war", in den Anordnungen der §§. 1498 und 1500 einen untrüglichen Beweis gefunden haben.

Der Wortlaut beider Paragraphe ist folgender, und zwar des §. 1498: „Wer eine Sache oder ein Recht ersessen hat, kann gegen den bisherigen Eigenthümer bei dem Gerichte die Zuerkennung des Eigenthumes ansuchen, und das zuerkannte Recht, wofern es einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmacht, den letzteren einverleiben lassen;" — und des §. 1500: „Das aus der Ersitzung oder Verjährung erworbene Recht kann aber Demjenigen, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor der Einverleibung desselben eine Sache oder ein Recht an sich gebracht hat, zu keinem Nachtheile gereichen."

Vor allem bemerkt Dr. S., daß das Gesetz bei der mittelbaren Erwerbung des Eigenthumes und der übrigen dinglichen Rechte, den Titel von der Erwerbungsart unterscheidet; daß das Gesetz in allem nur vier Rechtstitel gelten läßt, nämlich: einen Vertrag, den letzten Willen, die Anordnung des Gesetzes (§. 424); daß keiner dieser vier Titel ein stärkeres Recht als einer der übrigen gewähren könne, weil keiner etwas anderes begründet, als ein persönliches Recht, welches in seinen rechtlichen Wirkungen sich immer gleich bleibt. — Daß der gesetzliche Titel der Ersitzung jedem anderen gleichgehalten werde, will

Dr. S. auch aus der Anordnung des §. 1498 folgern; denn so wie bei jedem anderen Titel zur Erwerbung des Eigenthums die Uebergabe, sonach bei unbeweglichen Sachen die Intabulation erforderlich ist, so schreibt auch der §. 1489 vor, daß Derjenige, welcher eine unbewegliche Sache ersessen hat, um die Einverleibung anzusuchen habe.

„Angenommen nun, es habe A gegen B ein Grundstück ersessen, ja sogar gegen ihn vielleicht ein Urtheil erwirkt, wodurch dem Ersteren das Eigenthum des Grundstückes zugesprochen wird, B aber hätte, ehe A das Urtheil zur Einverleibung eingebracht hat, das Grundstück an C verkauft, so wird gleichfalls in Uebereinstimmung mit dem (Wortlaute) §. 444 dem C der Vorzug vor dem A gebühren, (wenn C früher um die Einverleibung ansuchte); denn die Verjährung begründet kraft der gesetzlichen Vorschrift nur einen Rechtstitel, welcher somit nicht kräftiger als jene des Vertrags sein kann, daher das, was in dem ersten Falle Rechtens ist, auch in dem anderen gelten muß."

„Was wird wohl aber Rechtens sein, wenn dem C zur Zeit, als er den Vertrag schloß, der dem A aus der Ersitzung erwachsene Rechtstitel bekannt gewesen wäre? Er wird dem A weichen müssen, denn der §. 1500 spricht deutlich aus, daß das aus der Ersitzung erworbene Recht nur Demjenigen zu keinem Nachtheile gereichen könne, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher die Sache an sich gebracht hat. Derjenige, welcher wohl weiß, daß ein Dritter aus der Ersitzung einen Rechtstitel erworben habe, wird daher ungeachtet der früher bewirkten Einverleibung dem Ersitzer dennoch weichen müssen. Warum? — Weil er, wie sich der Paragraph ausdrückt, die Einverleibung nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erwirkt hat, also keinen Anspruch auf eine Anstalt stellen kann, die nur, und zwar gegen die Vorschriften des natürlichen Privatrechts, zur Sicherstellung der redlichen Erwerber eingeführt ist; wohl aber sich gefallen lassen muß, nach letzterem beurtheilt zu werden."

Dr. S. behauptet sonach, daß die Ersitzung ein Rechtstitel ist, daß alle Titel bezüglich der Folgen einander gleich sind, daß daher dasjenige, was von der Ersitzung gesagt wird, auch von anderen gelten müsse; wenn demnach zufolge des §. 1500 Derjenige, welcher ein Recht, das von einem Andern bereits ersessen wurde, kaufte, weichen muß, sobald er zur Zeit des Kaufes Wissenschaft von der Ersitzung hatte, so muß er auch dann weichen, wenn er wußte, daß das verkaufte Recht zwar nicht bereits ersessen, wohl aber gekauft oder durch einen anderen Titel einem Dritten bereits früher überlassen worden ist.

Diese Schlußfolgerung ist unzweifelhaft mit logischer Consequenz aus den Prämissen abgeleitet worden. Allein die Prämissen selbst werden in Zweifel gezogen, und es wird behauptet, daß die Verjährung keineswegs ein bloßer Titel, sondern zugleich eine Erwerbungsart des Eigenthums sei; sonach könne dasjenige, was von der Ersitzung gesagt wird, nicht auf bloße Rechtstitel, die lediglich ein persönliches Recht gewähren, bezogen werden. Ferner wird gesagt, daß die Festsetzung des §. 1500 ganz anders zu deuten sei, als Dr. S. sie auszulegen sucht, und dem neuen Käufer die Ersitzung, sobald das ersessene Recht nicht in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, ungeachtet er von der Ersitzung Wissenschaft hatte, nicht zum Nachtheile gereichen könne; weil er sich mit Recht auf den Stand, den die öffentlichen Bücher ausweisen, verlassen hatte.

Diese Bedenken gegen die Richtigkeit der Prämissen, hat insbesondere Freiherr von Pratobevera nachstehend erhoben *):

„Die Verjährung ist kein bloßer Titel, sondern vorzüglich eine Erwerbungsart des Eigenthumes zugleich, wie es der §. 1452, der schon im §. 425 als Ausnahme angedeutet, und §. 1455 ausdrücklich sagt; der Ersitzende ist also schon durch die Ersitzung Eigenthümer, jedoch im widerruflichen, beschränkten, natürlichen Sinne, auch einer unbeweglichen Sache geworden, §§. 326, 1468; der vorige Besitzer, gegen den oder dessen Erben gesetzmäßig die Verjährung abgelaufen und wirksam ist, kann die Sache und ihre Früchte wegen der entgegenstehenden exceptio præscriptionis nicht mit Erfolg vindiciren, wenn er auch in den Büchern noch angeschrieben stünde (§. 1479). Weil aber bei unbeweglichen Sachen ein sicherer Besitz und sicheres Eigenthum in Hinsicht dritter Personen nur durch die Einverleibung in die öffentlichen Bücher, wo sie vorhanden sind, erlangt werden kann; so kann nach §. 1498 der Verjährende (er muß aber nicht), wenn der vorige Besitzer die Einverleibung nicht freiwillig einräumt, von dem Richter durch Urtheil die Zuerkennung des Eigenthumes, das der (keine neuen Rechte verleihende) Richter gar nicht zusprechen könnte, wenn es der Verjährende nicht schon erworben hätte, ansuchen, und dieses Urtheil den öffentlichen Büchern zu seiner Sicherheit einverleiben lassen. Dies ist der wahre einzuschränkende Sinn der §§. 321, 431, 481, 1498 und 1500, und unseres bücherlichen Creditsystems. Eine weitere Ausdehnung der oft gefährlichen Tabular-Anomalien und For-

---

*) Mat. Bd. VI., S. 241.

men, wodurch die Rechtsbegriffe nur verkehrt würden, ist auch zur Erhaltung des sonst sehr wohlthätigen Institutes nicht nothwendig." Bezüglich der Auslegung der Festsetzung des §. 1500 bemerkt Freiherr von Pratobevera: „Der Usucapient und der mit einem bloß persönlichen Rechtstitel versehene Paciscent sind sehr verschieden; folglich dient der §. 1500 nicht zur Einschränkung des §. 440. Auch nach dem §. 1500 ist C (im obigen Beispiele) nicht schuldig, die Beschaffenheit der Ersitzung des A zu untersuchen; und gerade weil davon in den öffentlichen Büchern nichts enthalten ist, erwirkt C im Vertrauen auf dieselben das Eigenthum. Im Grunde wird bei dem Institut der Verjährung das Eigenthum unmittelbar durch das positive Gesetz übertragen, wie der §. 160 des gal. G. B., 2. Theil, sich ausdrückt. Als Titel präsumirt das Gesetz kategorisch aus dem Verhalten des vorigen Eigenthümers oder Berechtigten die Entsagung, die Dereliction; und an die Stelle der Uebergabe tritt der ruhige Besitz durch die gesetzliche Zeit."

§. 39.

Fortsetzung.

Wahr ist es, daß der §. 1452 die Ersitzung eine Erwerbungsart nennt; wenn wir aber in Erwägung ziehen, daß die §§. 1451 und 1452 die Verjährung und Ersitzung definiren, und der erstere erklärt, daß die Verjährung der Verlust eines Rechtes ist, so wird es wohl begreiflich, warum die Gesetzgebung im folgenden §. 1452 die Ersitzung, durch welche, wie das Gesetz sich ausdrückt, das verjährte Recht vermöge des gesetzlichen Besitzes zugleich auf jemand Andern übertragen wird, eine Erwerbungsart nennt.

Es hat wohl seine Richtigkeit, daß bei der Ersitzung beweglicher Sachen, so wie bei der Erwerbung des Eigenthumes freistehender Sachen durch Zueignung (§. 381 des a. b. G. B.) es keiner weiteren Uebergabe bedarf, weil der Ersitzende schon im Besitze der Sache sein muß, bevor noch nach Ablauf der Ersitzungszeit der Rechtstitel der Erwerbung eintritt.

Ebenso bedarf es dort, wo keine öffentlichen Bücher eingeführt sind, auch bei unbeweglichen Sachen wie bei beweglichen, um das Eigenthum derselben durch die Ersitzung zu erwerben, keiner weiteren Uebergabe. Wo jedoch öffentliche Bücher eingeführt sind, dort muß, um das Eigenthum unbeweglicher Sachen zu erlangen, in Gemäßheit des §. 431 das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden. Insbesondere spricht dies bezüglich

der Ersitzung der §. 1498 aus. Das dort vorkommende Wörtchen „kann" ist wohl nicht so zu deuten, als ob das Eigenthum durch die bloße Ersitzung auch ohne Einverleibung erworben werden könnte. Wie wir bereits bemerkten, ist in Oesterreich der Intabulationszwang keineswegs eingeführt worden, und es steht Jedermann frei, sich als Eigenthümer einverleiben zu lassen oder nicht; gleichwohl kann das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht auf unbewegliche Sachen, dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, nur durch die Einverleibung erworben werden. Dies ist doch unzweifelhaft, daß Derjenige, welcher ein Haus gekauft und in den physischen Besitz eingeführt wurde, Demjenigen, der das Haus ersessen hat, zum mindesten gleichzustellen ist. Nun wird doch im Hinblicke auf die Regel des §. 431 Niemand behaupten, daß der Käufer ohne Intabulation Eigenthümer geworden, und daß er nur um ein *sicheres* Eigenthum zu erlangen sich einverleiben lassen müsse. Hat nun ein Käufer trotz der physischen Uebergabe des Tabularkörpers noch nicht das Eigenthum, — so ist es klar, daß auch der Ersitzende ohne Einverleibung nicht nur kein *sicheres*, sondern gar kein Eigenthum erlange — und bloß ein persönliches Recht habe, welches er aber in ein dingliches, wenn er will, durch die Einverleibung umwandeln kann.

Daß dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, die Ersitzung unbeweglicher Sachen und Rechte, die sich auf unbewegliche Sachen beziehen, jedem anderen Rechtstitel gleichzuachten sei, und nur ein persönliches Recht, wie jeder andere Titel gewähre, ist auch bereits aus dem gal. G. B. zu ersehen. „Ein dingliches Recht," heißt es dort, „auf unbewegliche Sachen kann nur durch Eintragung in die gewöhnlichen Vormerkbücher des Ortes, wo die dienstbare Sache liegt, erlangt werden." (§. 313, II. Th.) „Der *Titel* zu einem Servitut ist entweder auf einem Vertrage, oder auf einer letztwilligen Verordnung, oder auf einem bei Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgten Rechtsspruche, oder endlich *auf 30-jährigem ruhigem Besitze* gegründet. Daraus aber entsteht nur ein persönliches Recht, kraft dessen man die Eintragung in die öffentlichen Bücher oder nach Umständen die Uebergabe der Sache fordern kann." (§. 314, II. Th.) Die Ansicht, daß die Ersitzung nicht nur ein Titel, sondern stets auch eine Erwerbungsart sei, würde ferners im Widerspruche mit der Anordnung des §. 1500 stehen, aus welcher zu ersehen ist, daß Derjenige, welcher ein Recht ersessen hat, doch Demjenigen weichen müßte, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher die Sache an sich brachte,

was doch offenbar nicht verfügt werden könnte, wenn der Ersitzende schon durch die Ersitzung das Recht erworben hätte. Dagegen wird entgegnet, daß durch die Ersitzung ohne Intabulation zwar ein Recht, aber kein *sicheres* Recht erworben wird. Frägt man nun, was dieses *unsichere* und *sichere* Recht sein soll, so wird man finden, daß das erstere nur ein *persönliches*, das letztere aber ein *dingliches* sei, welches gegen Jedermann geltend gemacht werden kann. Da wir uns lediglich auf die Auslegung der Anordnung des §. 440 beschränken, so genügt es wohl, nachgewiesen zu haben, daß dort, wo es sich um die Erwerbung unbeweglicher Güter handelt, die einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, die Ersitzung keineswegs als Erwerbungsart, sondern lediglich als Titel der Erwerbung anzusehen ist.

Ist nun die erste Prämisse der obigen Schlußfolgerung des Dr. S. als richtig anzuerkennen, so frägt es sich weiter, ob denn auch die fernere Prämisse, daß alle Rechtstitel einander gleichzustellen sind, gerechtfertigt erscheine. In wiefern jeder rechtmäßige Titel nur ein persönliches Recht gewährt, hat es seine Richtigkeit, daß, nachdem wir nachgewiesen haben, daß die Ersitzung unbeweglicher Sachen dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, ohne Einverleibung kein dingliches Recht einräumt, der Titel der Ersitzung jedem anderen gleichzustellen ist. In einer anderen Beziehung sind die Wirkungen der verschiedenen Rechtstitel keineswegs gleichartig. Wir haben nämlich bereits oben bemerkt, daß bei der Actio Publiciana der entgeltliche Titel vor dem unentgeltlichen den Vorzug habe; da nun die Ersitzung im Entgegenhalte zu den Rechtstiteln, welche schon nach dem Naturrechte bestehen, als ein subsidiarischer erst von den bürgerlichen Gesetzen eingeführter Rechtstitel schon deßhalb zu den schwächeren zählt, so ist um so mehr der Behauptung des Dr. S. beizupflichten, daß die Gesetzgebung jene Vorrechte, welche sie dem Ersitzenden im §. 1500 einräumt, wohl auch anderweitigen Personen zugestehen wollte, die sich auf einen stärkeren Titel, z. B. auf einen Kaufvertrag, berufen.

Wenn daher der Erwerber einer Realität Demjenigen weichen muß, der dieselbe schon früher ersessen hat, sobald er zur Zeit der Erwerbung von dieser Ersitzung Kenntniß hatte, so wird er wohl auch Demjenigen, der sich auf einen stärkeren Titel beruft, z. B. auf einen früher bereits geschlossenen Kaufvertrag und die allenfalls bereits geschehene physische Uebergabe, von welcher der neue Käufer gleichfalls Wissenschaft hat, unzweifelhaft den Vorzug eingestehen müssen.

§. 40.

Kömmt die Anordnung des §. 1500 des a. b. G. B. Demjenigen, der eine Sache oder ein Recht an sich gebracht hatte, auch dann zu statten, wenn er hievon Kenntniß hatte, daß das erworbene Recht bereits früher von einem Dritten ersessen wurde?

Nun wollen wir weiter untersuchen, ob auch die dritte Hauptprämisse richtig sei, daß dem neuen Erwerber, dem die vollendete Ersitzung bereits bekannt war, diese Ersitzung mit Grund entgegnet werden könne.

Wie bemerkt, hält Freiherr von P. diese Prämisse für unrichtig; denn der neue Erwerber ist nicht schuldig, die Beschaffenheit der Ersitzung zu untersuchen, und gerade weil davon in den öffentlichen Büchern nichts enthalten ist, erwirbt der neue Käufer im Vertrauen auf dieselben das Eigenthum.

Hat der Ersitzende auch nach unserer Ansicht ein bloß persönliches Recht, so folgt von selbst, daß er es gegen einen Dritten (den späteren Erwerber) nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht geltend machen könnte; ist nun im §. 1500 die Bestimmung enthalten, daß dieses persönliche Recht gleichwohl auch gegen den neuen Erwerber wirksam ist, sobald dieser von dem Bestande des persönlichen Rechtes Kenntniß hatte, so würde sich diese Bestimmung als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß persönliche Rechte nur gegen den Uebertrager wirken, darstellen, sonach ist um so strenger zu prüfen, ob denn diese Ausnahme wirklich im §. 1500 enthalten sei?

Der Schwerpunct der Entscheidung dieser Frage liegt bekanntlich in der Deutung der Worte: „im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher."

Wahr ist es, daß Niemand schuldig ist, die Beschaffenheit der Ersitzung zu untersuchen; wenn sonach der neue Erwerber keine Nachforschungen gepflogen, sofort nicht erfahren hat, daß eine Ersitzung bereits eingetreten ist, so kann ihm wohl diese Ersitzung, von welcher in den öffentlichen Büchern nichts enthalten ist, denen er sonach vollkommen vertraute, keineswegs zum Nachtheile gereichen. Es kann aber wohl der Fall eintreten und erwiesen werden, daß der neue Erwerber schon zur Zeit der Ansichbringung des Gutes, gleichviel ob im Grunde gepflogener Nachforschungen, oder ohne alle Nachfrage erfahren habe, daß Jemand das Gut selbst, oder ein Recht darauf ersessen habe. Hier frägt es sich, ob er, wenn er gleichwohl das Gut an sich brachte, dasselbe

im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher als unanfechtbares und unbelastetes Eigenthum erwarb.

Man vertraut auf die öffentlichen Bücher, indem man entweder dasjenige, was die öffentlichen Bücher bezeugen, für wahr hält, oder wenn man überzeugt ist, daß Ansprüche dritter Personen auf die Sache, sobald sie nicht in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, gleichviel ob man von diesen Ansprüchen Kenntniß hat oder nicht, nicht zu beachten sind, und daß dieselben dem neuen Erwerber nicht zum Nachtheile gereichen können.

Nur wenn die Worte: „im Vertrauen" im ersteren Sinne verstanden werden, ist die Ansicht des Dr. S., daß der neue Erwerber, welcher von der Ersitzung Kenntniß hatte, dieselbe anerkennen müsse, gegründet.

Nachdem nun diese Worte eine verschiedenartige Deutung zulassen, so ist es klar, daß die vorwürfige Frage im Wege der grammatikalischen Auslegung ihre Lösung nicht finden könne, zumal auch das Wörtchen „welcher" den Zweifel nicht behebt, ob dasselbe „weil er", oder „wenn er" bedeutet; ob nämlich gesagt werden wollte, „das aus der Ersitzung erworbene Recht kann dem neuen Erwerber nicht zum Schaden gereichen — wenn er im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher das Recht an sich brachte," oder „weil er im Vertrauen — — —."

Es muß daher nach Anleitung der §§. 6 und 7 auf die Absicht des Gesetzgebers, auf ähnliche im Gesetze bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandter Gesetze Rücksicht genommen werden. Frägt man nun vor Allem, was der Gesetzgeber beabsichtiget habe, so wird hierüber der Zweck der Einführung der öffentlichen Bücher unzweifelhaften Aufschluß geben. Die Gesetzgebung will durch das Institut der öffentlichen Bücher den Credit, die Sicherheit der Rechte fördern, und sonach auch Jedermann die Ueberzeugung verschaffen, daß dasjenige wahr ist, was die öffentlichen Bücher enthalten. Die Gesetzgebung will also, daß Niemand irre geführt werde; denn sonst wäre es um alle Sicherheit geschehen, wenn man sich auf die Eintragungen nicht verlassen, ihnen nicht vertrauen könnte. Wer aber weiß, daß der wahre Stand anders ist, als die Bücher ausweisen, der kann nicht getäuscht, nicht irre geführt werden, den will die Gesetzgebung auch nicht schützen.

Daß die Gesetzgebung unter den Worten „im Vertrauen" nichts anderes verstanden habe, als das Nichtwissen, daß sich die

Sache anders verhalte, als die öffentlichen Bücher ausweisen; und daß die Gesetzgebung Denjenigen nicht in Schutz nehmen wollte, der zwar aus den Büchern die Rechte dritter Personen nicht ersah, aber hievon anderweitig in Kenntniß gesetzt wurde, beweisen weiters zur Genüge auch analoge Stellen des bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere die vom Dr. S. angezogenen §§. 468, 527, 1443 *).

Dr. v. Stubenrauch (das a. b. G. B. §. 1500) ist gleichfalls der Ansicht, es könne nur dann behauptet werden, daß Jemand im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelte, wenn er auch nicht auf anderweitigem Wege von dem Bestande des ersessenen Rechtes Kenntniß erhielt, oder bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit Kenntniß erhalten konnte. Dr. Stubenrauch beruft sich diesfalls auf mehrere Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, und bemerkt: „daß dies wenigstens in neuerer Zeit die constante Praxis des obersten Gerichtshofes ist. Es wurde wiederholt entschieden, daß die Einwendung des §. 1500 Demjenigen, welcher eine Dienstbarkeit auf ein unbewegliches Gut ersessen hat, von dem neuen Eigenthümer dieses Gutes, welcher dasselbe noch vor der Einverleibung des ersessenen Dienstbarkeitsrechtes an sich gebracht hat, dann nicht entgegengesetzt werden könne, wenn Letzterer zur Zeit der Erwerbung des dienenden Gutes von dem wirklichen factischen Bestande der Dienstbarkeit durch den Augenschein Kenntniß hatte, oder sich bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit davon überzeugen konnte, folglich durch die öffentlichen Bücher nicht getäuscht worden ist."

In einer Beziehung ist sonach die angeblich constante Praxis des

---

*) „Das Pfandrecht erlischt ferner mit der Zeit, auf welche es eingeschränkt war, folglich auch mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache, wenn anders dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt sein konnte." (§. 468 des a. b. G. B.) Wenn man auch die Worte „bekannt war" nur auf Faustpfänder, und die Worte „aus den öffentlichen Büchern" auf Hypotheken beziehen wollte, so ist es doch aus dem nachstehenden §. 1443 klar zu ersehen, daß insbesondere bei Hypotheken das außerbücherliche Wissen dem bücherlichen gleichgesetzt wird. „Gegen eine den öffentlichen Büchern einverleibte Forderung kann die Einwendung der Compensation dem Cessionar nur dann entgegengesetzt werden, wenn die Gegenforderung ebenfalls, und zwar bei der Forderung selbst eingetragen, oder dem Cessionar bei der Uebernehmung der letzteren bekannt gemacht worden ist."

So verfügt auch der §. 527: „Hat das bloß zeitliche Recht Desjenigen, der die Servitut bestellt hat, oder die Zeit, auf welche sie beschränkt worden ist, dem Servituts-Inhaber aus öffentlichen Büchern, oder auf eine andere Art bekannt sein können, so hört nach Verlauf dieser Zeit die Servitut von selbst auf.

obersten Gerichtshofes mit unserer Ansicht ganz übereinstimmend — nur können wir der weiteren Annahme nicht beipflichten, daß vom Vertrauen auf die öffentlichen Bücher auch dann keine Rede sein könne, wenn der Erwerber vom Bestande des ersessenen Rechtes bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit Kenntniß erhalten konnte. In dieser Beziehung halten wir vielmehr die Ansicht des Freiherrn von P. für die richtigere, daß Niemand gezwungen werden könne, nachzuforschen und zu ermitteln, ob nicht Jemand ein Recht ersessen habe; daß ihm sonach wegen dieser unterlassenen Nachforschung kein Nachtheil erwachsen könne. Aus der Festsetzung des §. 1500 kann durchaus nicht entnommen werden, daß die Ersitzung gegen den neuen Erwerber geltend gemacht werden könne, sobald er bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit von dem Bestande der Ersitzung hätte Kenntniß erlangen können. In der Beziehung ist die Anordnung des §. 1500 ganz unzweifelhaft, „daß die vorläufige Ersitzung Demjenigen, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher eine Sache an sich gebracht, zu keinem Nachtheile gereichen kann."

Nun hat doch Derjenige ganz gewiß im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt, der sich um nichts weiter kümmert; — und gerade umgekehrt ließe es sich behaupten, daß Derjenige, welcher den Eintragungen in den öffentlichen Büchern nicht getraut, und vorläufig allseitige Nachforschungen gepflogen hat, nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelte. Schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch sagt man, man habe der Angabe eines Menschen getraut, wenn man keine weiteren Nachforschungen darüber gepflogen, und zwar ohne Unterschied, ob man sich leicht oder nicht so leicht von der Richtigkeit oder Unwahrheit derselben hätte überzeugen können; hat man sonach im Grunde dieser Angabe etwas unternommen, so handelte man im Vertrauen auf dieselbe. Dagegen handelte man keineswegs im Vertrauen auf die Angabe, wenn man wußte, daß dieselbe falsch ist. Im ersteren Falle wurde man durch die Angabe getäuscht, im letzteren aber nicht; und darauf kommt es wohl bei der Festsetzung des §. 1500 zumeist an, da die Gesetzgebung lediglich verhüten will, daß Niemand durch die Eintragungen in den Grundbüchern getäuscht oder irregeführt werde; gleichviel ob er sich von der Unwahrheit leicht hätte überzeugen können oder nicht.

Geschehen wäre es um alle Rechtssicherheit, welche das so kostspielige Institut der öffentlichen Bücher gewähren soll, wenn der Erwerber, um diese Sicherheit zu erlangen, sich vorläufig an Ort und

Stelle begeben, alle Nachbarn einvernehmen und allenthalben Erkundigungen einholen müßte, ob nicht irgend Jemand außerbücherlich ein Recht erworben habe; wenn der neue Erwerber gleichwohl in Besorgniß schweben müßte, daß vielleicht denn doch irgend ein Recht gegen den Tabularbesitzer ersessen wurde, und dem neuen Erwerber der Vorwurf gemacht werden wird, „er hätte von der Ersitzung bei sorgfältigeren Nachforschungen doch Kenntniß erlangen können."

Unserer Auslegung der Worte „im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher" steht, wie wir bereits nachgewiesen haben, der Wortlaut des §. 1500, wiewohl er verschieden ausgelegt werden kann, keineswegs entgegen; während derselbe mit der Annahme, daß Derjenige nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt hat, welcher sich auf die Eintragungen verlassend, keine weiteren Nachforschungen gepflogen, auch dann durchaus nicht vereinbarlich wäre, wenn er sich über den wahren Sachverhalt leicht hätte überzeugen können. Will man nun gegen den Wortlaut des §. 1500 auch dann eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, „daß Alles, aber auch nur dasjenige, was in den öffentlichen Büchern ausgewiesen ist, bindend ist," zulassen, wenn der neue Erwerber den öffentlichen Büchern vertrauend, von der Unrichtigkeit der Eintragungen bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit Kenntniß erhalten konnte, so verläßt man gänzlich die Festsetzung des §. 1500 und schweift in das Gebiet der Grundsätze über den verschuldeten Irrthum, aus welchem man abzuleiten sucht, daß Derjenige, den das Gesetz im §. 1500 in consequenter Beachtung des Zweckes der Einführung der öffentlichen Bücher, wenn er im Vertrauen auf dieselben handelt, in Schutz nimmt — doch nicht zu schützen sei — sobald er sich nicht die Mühe nahm, Nachforschungen zu pflegen, ob denn die Eintragungen wirklich verläßlich und richtig sind.

Abgesehen davon, daß der Erwerber eines unbeweglichen Gutes durch kein Gesetz angewiesen wird, den Eintragungen in den öffentlichen Büchern nicht zu vertrauen, sondern Nachforschungen zu pflegen, daß sonach bei der Unterlassung der Vorsichten, welche durch das Gesetz nicht auferlegt werden, von einem Verschulden füglich keine Rede sein kann; ist, wenn man auch zugeben wollte, daß dort, wo sich der Erwerber von der wahren Sachlage leicht überzeugen konnte, er es seinem Verschulden beizumessen habe, wenn er sie gleichwohl nicht in Erfahrung brachte — dieses Verschulden doch nicht derartig, daß er deßhalb des Schutzes, welcher Jenen zu Theil wird, die im Vertrauen auf die

öffentlichen Bücher Rechte erwerben, verlustig erklärt werden sollte. Macht doch das Gesetz in ganz analogen Fällen, z. B. beim §. 367, keinen Unterschied, ob Derjenige, welcher im Vertrauen darauf, daß ein Uhrmacher Eigenthümer der Uhren in seinem Gewölbe sei, — eine derselben kauft, hierüber Erkundigungen einholt oder nicht, und spricht ihm das Eigenthum zu, wenn er nur redlicher Besitzer war. Redlicher Besitzer ist aber der Käufer auch dann, wenn er im Grunde eingeholter Erkundigungen leicht hätte in Erfahrung bringen können, daß der Uhrmacher nicht Eigenthümer der verkauften Uhr ist. Die Unterlassung der Erkundigungen stempelt den Erwerber noch nicht zum unredlichen Besitzer. Nach §. 326 des a. b. G. B. ist ein unredlicher Besitzer Derjenige, welcher weiß oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern zugehöre, nicht aber auch Derjenige, welcher keine Nachforschungen darüber anstellt, ob denn die Sache nicht etwa einem Anderen gehöre.

Wir sehen sonach, daß der Begriff der Redlichkeit durch die Unterlassung der leicht möglichen Erkundigungen nicht alterirt wird*), und daß in den Fällen des §. 367 nur die Redlichkeit des Erwerbers, nicht aber sein etwaiges Verschulden oder Nichtverschulden beachtet wird, und haben daher keinen Anhaltspunct anzunehmen, daß in dem analogen Falle des §. 1500 ein etwaiges Verschulden des im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelnden redlichen Erwerbers, ihn des gesetzlichen Schutzes berauben soll. Dagegen ist die Folgerung aus der analogen Bestimmung des §. 367 allerdings zulässig, daß auch im §. 1500 nur der redliche Erwerber, das ist Derjenige, welcher nicht wußte, oder aus den Umständen nicht vermuthen mußte, daß dritte Personen, wenngleich den öffentlichen Büchern noch nicht einverleibte Rechte erworben haben, von der Gesetzgebung in Schutz genommen werden wollte.

§. 41.

Wenngleich wir des Dafürhaltens sind, daß der redliche Erwerber, welcher von dem ersessenen Recht leicht Kenntniß erhalten konnte, wegen der unterlassenen Nachforschung nicht verpflichtet werden könnte, das aus den öffentlichen Büchern nicht ersichtliche Recht anzuerkennen, so glauben wir doch andererseits, daß, wenngleich er von der Ersitzung keine positive Kenntniß hat, er doch als unredlicher Erwerber anzu-

*) Aus dem §. 415 des a. b. G. B. ist klar zu ersehen, daß man im Verschulden und gleichwohl redlicher Besitzer sein könne.

sehen ist, sobald er aus den Umständen vermuthen mußte, daß einem Dritten ein, wenngleich nicht intabulirtes Recht zur Sache zusteht. Hat er aber dergleichen Umstände nicht in Erfahrung gebracht, so wäre er, wenngleich bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit die Kenntniß dieser Umstände leicht erlangt werden könnte, doch nicht als unredlicher Besitzer anzusehen, zumal es bei der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes nur auf das wirkliche Wissen oder Dafürhalten, keineswegs aber auf die bloße Möglichkeit ankommt, die Kenntniß von Umständen zu erlangen, welche das Wissen oder Dafürhalten zur Folge hätten. Die Redlichkeit kann allerdings auch eine verschuldete sein, deßhalb wird man aber der Vortheile des redlichen Besitzes (§§. 329 bis 334) nicht verlustig. Nur in einigen Fällen nimmt das a. b. G. B. zugleich darauf Bedacht, ob das zur Redlichkeit erforderliche Nichtwissen oder Nichtvermuthen ein verschuldetes sei. Namentlich kommt es im §. 1026 des a. b. G. B. darauf an, ob das Nichtwissen der Aufhebung einer Vollmacht ein *verschuldetes* sei. Diese und ähnliche Bestimmungen haben jedoch als rein positive und als Ausnahmen dort zu gelten, wo sie ausdrücklich festgesetzt werden.

Soll nun das Verschulden auch bei der Festsetzung des §. 1500 wirklich eine Rolle spielen, so hat es die Gesetzgebung doch gewiß nicht beabsichtiget — daß dem neuen Erwerber, der bona fide den öffentlichen Büchern vertrauend, eine Sache an sich brachte, die unterlassene Nachforschung, und nicht auch Demjenigen, der ein Recht ersessen hat, die unterlassene Einverleibung als culpa angerechnet werde; da doch Letzterer wissen mußte, daß er ohne Einverleibung kein dingliches Recht erlangen könne, während der Erstere aus den gesetzlichen Bestimmungen ersah, daß er nur Dasjenige als wahr zu halten habe, was in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheint, und nirgends angewiesen wird, den öffentlichen Büchern nicht zu trauen, sondern weitere Nachforschungen zu pflegen.

Sollte es thatsächlich die Ansicht des obersten Gerichtshofes sein, daß Derjenige die ersessene Dienstbarkeit anerkennen müsse, der von dem Bestande derselben leicht Kenntniß erlangen konnte, — so liegt dieser Ansicht gewiß nicht die Betrachtung zu Grunde, daß er im Verschulden ist, und daher die Folgen seines Verschuldens selbst zu leiden habe; sondern eine ganz andere Erwägung, nämlich die: daß, wenn die Umstände so gestaltet sind, daß der Käufer bei Anwendung der gehörigen Aufmerksamkeit die Kenntniß von dem Bestande einer Servitut leicht erlangen könnte; z. B. bei Dienstbarkeiten, deren Aus-

übung augenfällig ist; die mala fides, d. i. das Wissen oder Vermuthen des Bestandes einer Dienstbarkeit zu präsumiren ist.

Allein auch in derlei Fällen, wo der Bestand der Dienstbarkeit leicht wahrnehmbar ist, z. B. oneris ferendi, tigni immittendi, müßte, da nach der Besitzlehre die mala fides nicht zu vermuthen ist, vorläufig der Beweis hergestellt werden, daß diese Umstände, aus welchen die Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit des Bestandes der Servitut entnommen werden muß, dem Erwerber bekannt waren.

Ich bin vielleicht schon zu lange bei diesem, wiewohl gewiß practisch wichtigen Gegenstande verweilt, und formulire nun den Schluß dieser Erörterung dahin: Nachdem erwiesen wurde, daß alle drei Prämissen richtig sind, daß nämlich die Verjährung lediglich ein Rechtstitel ist; daß alle Titel rücksichtlich der Folgen, nämlich der Erwerbung eines bloß persönlichen Rechtes gleich sind; daß der Erwerber einer Sache, wenn ihm die Ersitzung eines Rechtes darauf bekannt war, dasselbe anerkennen müsse, so folgt daraus, daß der Erwerber einer unbeweglichen Sache, sobald ihm zur Zeit der Ansichbringung bekannt war, daß ein Dritter im Grunde eines anderen Titels Rechte auf die Sache habe, diesem Dritten gleichfalls weichen müsse.

§. 42.

Erleidet die Allgemeinheit der Regel des §. 440 auch bei Dienstbarkeiten eine Ausnahme, wenn der neue Erwerber des Gutes davon Kenntniß hatte, daß einem Dritten bereits eine Servitut eingeräumt wurde?

Was Dr. S. für die Bejahung dieser Frage vor Allem anführt, kann nicht als weiteres Argument für die Richtigkeit der von ihm vertheidigten Beschränkung der Regel des §. 440 bei einer Uebertragung des Eigenthumes angesehen werden; denn die Bejahung der vorliegenden Frage sucht er vor Allem durch die Betrachtung zu rechtfertigen, daß die Grundsätze von der Uebertragung des Eigenthumes auch auf Servitutsrechte Anwendung finden; denn: „die Erwerbung des Eigenthumes einer unbeweglichen Sache unterscheidet sich von der Erwerbung einer Grunddienstbarkeit auf eben dieselbe nur dadurch, daß mittelst ersterer sämmtliche auf das Grundstück zustehenden Eigenthums-Gerechtsame, mittelst letzterer aber nur die Ausübung eines bestimmten Eigenthumsrechtes, z. B. des Weiderechtes, der Jagdgerechtigkeit, der Wasserleitung, Holzfällung u. s. w. erworben wird. Da nun dem unredlichen früheren Impetranten der Einverleibung dieselbe gar nichts nützt, wenn ein Dritter bereits früher auf sämmtliche

Eigenthumsrechte des Objectes einen Rechtstitel erworben hat, so muß sie ihm, wenn man nicht anders in den gesetzlichen Vorschriften Folgewidrigkeit zulassen will, auch dann theilweise unnütz werden, wenn ein Dritter früher einen Rechtstitel auf ein bestimmtes Eigenthumsrecht des nämlichen Gegenstandes erworben hat."

Freiherr von P. bemerkt zwar dagegen: „Der neue Käufer ist nicht schuldig, dem nicht vorgemerkten, bloß physischen Servitutsinhaber dieselbe noch ferner zu gewähren, obgleich er die Privatwissenschaft hatte, daß er in der Ausübung einer solchen Servitut stehe (§§. 440, 443); denn in Beziehung auf den neuen Käufer ist es keine Servitut, sondern ein nach der Veräußerung der Sache zum bloß persönlichen Recht herabgesunkener Anspruch gegen den Verkäufer."

Diese Einwendung wurde jedoch schon im ersten Falle, wo es sich um die Uebertragung des Eigenthumes handelte, gemacht, auch dort hat der frühere Käufer als bloß physischer Besitzer das Eigenthum einer Sache, die einen Gegenstand der öffentlichen Bücher bildet, noch nicht erworben; auch er hat nur ein persönliches Recht gegen den Verkäufer. Hiedurch wird aber eben die Identität beider Fälle anerkannt und so, wie daher Freiherr von P. ganz consequent auch bei Servituten keine Ausnahme von der allgemeinen Regel des §. 440 zuläßt, so muß man nicht minder die Ansicht des Dr. S. als richtig bezeichnen, daß Dasjenige, was er zur Unterstützung seiner Behauptung bezüglich der Uebertragung des Eigenthumes anführt, auch bei Dienstbarkeiten volle Anwendung finde.

Dr. S. beruft sich weiters auf die Vorschrift des §. 527, welche in der Lehre von den Dienstbarkeiten enthalten ist, und meint: „wenn im Grunde dieser Vorschrift von einem neuen Grundeigenthümer eine in den öffentlichen Büchern eingetragene Servitut dann nicht mehr erworben wird, sobald ihm ihr außerbücherliches Erlöschen bekannt war, so muß auch derselbe sich den Fortbestand einer Servitut, deren außerbücherliche Bestellung ihm bekannt war, gefallen lassen; denn beide Folgerungen stehen miteinander in verwandtschaftlicher Abstammung von dem Grundsatze, daß öffentliche Bücher nur Denjenigen schirmen, welcher im Vertrauen auf den Inhalt derselben, Rechtsgeschäfte zu Stande bringt, nicht aber auch Jenen, welcher von dem Dasein entgegengesetzter Umstände unterrichtet ist, folglich eines außerordentlichen Schutzes gegen die natürlichen, den bürgerlichen Verein gefährdenden Grundsätze, nicht bedarf."

Meines Dafürhaltens bietet die Vorschrift des §. 527 ein direc-

tes Argument für die Behauptung, daß bei Servituten es ganz gleichgiltig ist, ob man ein Rechtsverhältniß aus den Eintragungen in die öffentlichen Bücher, oder anderweitig in Erfahrung brachte. In der Anordnung des §. 527 haben wir ein weiteres Argument zur Unterstützung unserer Ansicht gefunden, daß auch bei der Uebertragung des Eigenthumes das außerbücherliche dem bücherlichen Wissen gleichzustellen sei.

§. 43.

Hat der neue Erwerber das einem Dritten auf die Sache eingeräumte Pfandrecht, sobald er von der Bestellung desselben zur Zeit der Erwerbung Wissenschaft hatte, anzuerkennen?

Meines Dafürhaltens verläßt Dr. S. alle bisher scharfsinnig eingehaltene Consequenz, wenn er behauptet, daß die von ihm vertheidigte Beschränkung der Regel des §. 440 nur bezüglich des Eigenthumes und Servitutsrechtes, nicht auch bezüglich des Pfandrechtes zu gelten habe. Hat er doch selbst nachgewiesen, daß die Grundsätze bezüglich der Erwerbung des Eigenthumes auch auf die Erwerbung anderer dinglichen Rechte Anwendung finden, was der §. 445 klar ausspricht; daß der bloße Titel bei allen Rechten ohne Unterschied lediglich ein persönliches Recht gewähre; daß der Zweck der Einführung der öffentlichen Bücher bezüglich aller in dieselben eingetragenen Rechte derselbe ist; daß die Gesetzgebung das außerbücherliche Wissen der Kenntnißnahme aus den öffentlichen Büchern im Allgemeinen, ohne auf besondere Rechte Rücksicht zu nehmen, gleichstelle, und die mala fides nirgends in Schutz nehme.

Wir wollen nun in Erwägung ziehen, welche Gründe Dr. S. hiefür geltend macht, daß der Erwerber einer Realität, wenn er auch weiß, daß einem Dritten ein Pfandrecht bereits eingeräumt wurde, durch die bewirkte Einverleibung des Kaufvertrages die bestehende Pfandverschreibung vereitle. Dr. S. führt insbesondere an: a) „daß in diesem Falle von jenen Gründen keiner stattfinden kann, welche in den Fällen des Eigenthumes und der Servitut das Wort für den Satz führen, daß der Impetrant der Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes den ihm bekannten früheren Vertragsrechten eines Dritten weichen müsse. In jenen beiden Fällen erblicken wir jederzeit, daß der Veräußerer etwas an eine andere Person übertragen will, worüber ihm gar kein Verfügungsrecht mehr zusteht. Dagegen veräußert im gegenwärtigen Falle der Eigenthümer eine Sache, worüber ihm das Verfügungsrecht noch immer zusteht. Zwar ist nicht zu läugnen, daß,

da er diese Sache seinen Gläubigern zum Zahlungsfond verschrieben (§. 447), und denselben für den Fall, als er seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen sollte, ein Recht auf alle zu dem freien Eigenthum der verpfändeten Sache gehörigen Theile, auf Zuwachs und Zugehör zugesichert hat (§. 457), er dieses seinen Gläubigern zugesicherte Recht durch die Veräußerung in eben demselben Maße zu vereiteln scheint, als z. B. das Jemanden zustehende Kaufrecht durch den Verkauf derselben Sache an einen Dritten vereitelt wird. b) Allein man darf den Gesichtspunct nicht verlieren, daß, um gegen den allgemeinen Ausspruch des §. 440 die Ausnahme, ein einverleibtes Erwerbungsgeschäft müsse früheren Vertragsrechten nachstehen, stattfinden zu lassen, das alleinige unredliche Benehmen des Veräußerers keineswegs genüge, sondern dasselbe zugleich von Seite Desjenigen erfordert werde, welcher früher die Einverleibung erwirkt hat. Werfen wir nun einen Blick auf denselben, und jeder Schein eines widerrechtlichen und unredlichen Benehmens, welcher auf ihn eben deshalb, weil ihm die bestehenden Pfandverschreibungen bekannt sind, fallen könnte, wird schwinden. c) Das den Gläubigern zustehende Pfandrecht ist nur ein Nebenrecht, und setzt ein Hauptrecht, also was immer für einen Rechtstitel, z. B. jenen aus einem Darlehensvertrage, voraus. Die Absicht des Gläubigers, welcher sich eine Hypothek verschreiben läßt, ist daher im Allgemeinen zwar dahin gerichtet, daß er die Zahlung, falls er sie von dem Schuldner nicht erhalten sollte, aus den Einkünften des Gutes, oder aus dem Werthe desselben erlange (§. 461). Wenn er aber seine Pfandverschreibung nicht zur Einverleibung bringt, so veranlaßt er dadurch die Vermuthung, daß er den ihm angewiesenen Zahlungsfond nicht achte, sondern in die Vermögensumstände seines Schuldners überhaupt sein Vertrauen setze; denn, da Jedermann die Gesetze kennen muß, soll es ihm nicht unbekannt sein, daß nach der deutlichen Vorschrift des §. 438 ein anderer Inhaber einer Pfandverschreibung, ja selbst jeder Chirographar-Gläubiger durch die Ansuchung der Pränotation berechtigt, ihm den Vorrang abgewinnen könne. Das Versäumniß in Ansuchung der Einverleibung enthält daher eine stillschweigende Verzichtleistung. d) Wer nun ein Grundstück kauft, von dem er weiß, daß es der Besitzer desselben an mehrere Gläubiger verpfändet hat, der weiß zwar, daß die Gläubiger auf Zahlung rechnen, aber er ersieht zugleich, daß ihr Recht keineswegs auf das bestimmte Hypothekargut beschränkt, sondern auf das sämmtliche gegenwärtige und künftig zu erwerbende Vermögen des Schuldners aus-

gedehnt sei. Die Fälle der beiden anderen Gattungen des dinglichen Rechtes, nämlich des Eigenthumes und der Servitut, sind demnach von dem gegenwärtigen Falle wesentlich unterschieden; dort ist das Recht des Dritten auf eine völlig bestimmte Sache beschränkt; wird nun diese von einer dritten Person zum Eigenthum übernommen, so ist das Recht des Ersten unwiderbringlich vereitelt, weil es in der Natur keine zwei vollkommen ähnliche Dinge gibt. Darum kann sich auch Niemand durch Erstattung dessen, woran dem anderen Theile gelegen sein dürfte, von der übernommenen Verbindlichkeit einer bestimmten Leistung befreien (§§. 902, 908, 919). e) Dazu gesellt sich zugleich die wichtige Betrachtung, daß der Käufer eines solchen Grundstückes durch sein Benehmen in keiner Hinsicht die Vermuthung veranlasse, er wolle die Rechte der Gläubiger verkürzen, da er vielmehr dadurch, daß er durch Entrichtung des Entgelts den Zahlungsfond verwirklicht, ihren Vortheil befördert, und aus dem ihm von dem Schuldner geschehenen Verkaufsantrage nichts anderes schließen konnte, als daß der Schuldner sich zum Verkaufe entschlossen habe, um seine Gläubiger zu befriedigen, welche vielleicht noch überdies, wie es die tägliche Erfahrung lehrt, durch das erhaltene Versprechen, aus dem nächstens zu erfolgenden Verkaufe ihre Befriedigung zu erhalten, von der Einbringung des Einverleibungsgesuches abgehalten wurden. Sollte übrigens der Erfolg zeigen, der Verkäufer habe die Verkürzung seiner Gläubiger beabsichtiget, so wird diese Arglist zwar allerdings gegen ihn zu ahnden, aber keineswegs vermögend sein, die Ungiltigkeit des Verkaufes zu bewirken. f) Mit dieser Ansicht stimmen auch mehrere Vorschriften des Gesetzbuches vollkommen überein, und insbesondere der §. 443, welcher deutlich ausspricht: mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen werden auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen. Andere Forderungen und Ansprüche, die Jemand an den vorigen Eigenthümer hat, gehen nicht auf den neuen Erwerber über. Eben daher heißt es auch im §. 928, daß nur die auf der Sache selbst haftenden Schulden vertreten werden müssen. g) Wenn die Tendenz des Gesetzgebers in Ansehung des Pfandrechtes eben so, wie in Absicht auf das Eigenthum und die Servitut, dahin gerichtet gewesen wäre, daß gegen die Kenntniß des einem Dritten zustehenden Rechtstitels die bewirkte Einverleibung nichts vermöge, so würde sich der Gesetzgeber ganz gewiß

irgendwo darüber eben so deutlich, wie über die beiden letzteren Gattungen des dinglichen Rechtes, ausgesprochen haben."

ad a) Schon der erste Grund, den Dr. S. für seine Ansicht, daß dasjenige, was vom Eigenthums- und Servitutsrecht gilt, nicht auch vom Pfandrecht gelten könne, anführt, ist keineswegs stichhältig, und wird von ihm selbst widerlegt.

Dr. S. will eine Verschiedenheit der Ueberlassung des Eigenthums- und Servitutsrechtes und der Einräumung des Pfandrechtes darin finden, daß in den beiden ersten Fällen der Eigenthümer ein Recht veräußert, worüber ihm das Verfügungsrecht nicht mehr zusteht, während durch die Einräumung der Hypothek ihm das Verfügungsrecht nicht genommen wird. Nach der eigenen Annahme des Dr. S. ist es gewiß, daß, wenn Jemand sein ganzes Haus, oder auch nur einen Theil desselben, verkaufte, ihm über den veräußerten Theil kein Verfügungsrecht mehr zusteht. Consequent muß daher auch angenommen werden, daß eben so, wie beim Eigenthums- und Servitutsrecht, auch beim Pfandrechte darüber, was einem Dritten bereits überlassen wurde, nicht mehr verfügt werden könne. So wie die Servitut, so ist auch das Pfandrecht nur eine Last, und beide Rechte schließen nicht die Einräumung einer Servitut und eines weiteren Pfandes aus. Es unterliegt also keinem Zweifel, daß, so wie der Eigenthümer, der bereits ein Drittel des Hauses verkauft hat, nur über die übrigen zwei Drittel das freie Verfügungsrecht habe, und so wie der Eigenthümer, der Jemanden eine Servitut einräumte, nur unbeschadet derselben die Realität verkaufen, oder einem Dritten eine weitere Servitut einräumen könne, er eben so auch nach Einräumung einer Hypothek nur ohne Schmälerung derselben, das Haus verkaufen, oder einem Dritten eine weitere Hypothek überlassen könne.

ad b) Wahr ist es, daß, um gegen den allgemeinen Ausspruch des §. 440 die Ausnahme, ein einverleibtes Erwerbungsgeschäft müsse früheren Vertragsrechten nachstehen, stattfinden zu lassen, das alleinige unredliche Benehmen des Veräußerers keineswegs genüge, sondern dasjenige auch Seitens des neuen Erwerbers erfordert werde. Allein, so sehr sich Dr. S. bemüht, den neuen Erwerber, der bereits wußte, daß einem Dritten auf das gekaufte Haus ein Pfandrecht eingeräumt wurde, als redlich handelnd darzustellen, so ist es doch gewiß, daß, in wiefern er eine Sache kauft, auf welche einem Dritten bereits ein Pfandrecht eingeräumt worden ist, er, wenn er hievon Kenntniß hat, eben so unredlich verfährt, als Derjenige, der wohl wissend, daß

einem Dritten eine andere Last (Servitut), oder das unbeschränkte Eigenthum überlassen wurde, die Sache kauft. Hiezu kömmt, daß bei der Rechtfertigung der Ausnahme von der Regel des §. 440 vor Allem der Umstand entscheidend ist, daß der neue Erwerber von der Uebertragung eines Rechtes an einen Dritten Kenntniß hat. Die Behauptung des Dr. S., daß der Erwerber mitunter der Ansicht sein könne, daß er hiedurch dem Gläubiger einen Vortheil verschaffe, indem er dem Schuldner durch die Uebergabe des Kaufschillings die Mittel übergebe, die Gläubiger zu befriedigen; — kann wohl in einzelnen Fällen richtig sein, im Allgemeinen gereicht es aber dem Gläubiger gewiß nicht zum Vortheile, wenn man ihm die öfters einzige Hypothek entzieht.

ad c) Nimmt Dr. S. an, daß Derjenige, welcher mit der wirklichen Intabulation zögert, auf das Pfandrecht stillschweigend verzichtet; so müßte er wohl auch zugeben, daß ein früherer Käufer auf das Eigenthum verzichtet, sobald er den Kaufvertrag nicht intabuliren läßt. Ueberhaupt berechtiget die Lässigkeit in der Erwirkung der Intabulation nur zu der Annahme der Leichtfertigkeit des Berechtigten, keineswegs aber zu einer weiteren Voraussetzung. Dr S. scheint den Fall vor Augen zu haben, daß der Berechtigte jahrelang um die Intabulation nicht einschreitet. Ist aber wohl auch in dem Falle eine Verzichtung auf das Pfandrecht vorauszusetzen, wenn die Pfandverschreibung am 1. Mai dem Gläubiger übergeben, am 2. Mai vom Schuldner die Realität verkauft, und vom Käufer, der von der Verpfändung Kenntniß hat, sogleich die Einverleibung angesucht wird?

ad d) Der vom Dr. S. hervorgehobene Unterschied, daß das Eigenthums- und Servitutsrecht sich auf eine völlig bestimmte Sache beschränkt, während das Recht des Gläubigers sich auf das ganze Vermögen des Schuldners bezieht, ist unrichtig; denn auch die Hypothek wird auf eine völlig bestimmte Sache bezogen, und so wie der Gläubiger seine Befriedigung auch aus dem übrigen Vermögen des Schuldners suchen kann, wenn das Pfand ihm aus was immer für einer Ursache entzogen wird, so kann wohl auch der Käufer eine Entschädigung aus dem übrigen Vermögen des Verkäufers ansprechen, sobald das gekaufte Gut ihm z. B. eben im Falle des §. 440, weil ein Dritter es bona fide kaufte, nicht mehr übergeben werden kann.

ad e) Die Betrachtung, daß der Kauf eines Grundstückes, welches einem Dritten bereits in einer Pfandverschreibung überlassen wurde, zu der Annahme nicht berechtige, der Käufer wolle die

Rechte der Gläubiger verkürzen, liefert keineswegs einen Beleg für die Behauptung, daß bezüglich der Pfandrechte von der Regel des §. 440 die obige Ausnahme nicht eben so, wie bei Eigenthums- und Servitutsrechten eintreten könne. Denn vor Allem kann wohl im Allgemeinen nicht behauptet werden, daß der Käufer die Rechte der Gläubiger zu verkürzen nicht beabsichtige, was insbesondere in dem Falle nicht gesagt werden könnte, wenn der Schuldner kein anderes Vermögen, als die verkauften Grundstücke hat. Dann kommt es ja auch beim Eigenthumsrechte nicht darauf an, ob der neue Käufer die Rechte des früheren zu beeinträchtigen beabsichtigte, sondern es ist lediglich der Umstand maßgebend, ob er gewußt hat, daß das gekaufte Gut an einen Dritten bereits früher verkauft wurde.

ad f) Die Festsetzungen der §§. 443 und 928 können wohl auch der vom Dr. S. verfochtenen Behauptung, daß die allgemeine Regel des §. 440 bei Uebertragungen des Eigenthumes und der Dienstbarkeiten eine Ausnahme erleide, entgegnet werden; gleichwohl wurde auch vom Dr. S. nachgewiesen, daß das außerbücherliche Wissen der Kenntnißnahme aus den Ausweisen der öffentlichen Bücher gleichkomme, und zwar aus Gründen, die eben so auf das Pfandrecht, als auf das Eigenthumsrecht Anwendung finden, indem sie dem Zwecke der Einführung der öffentlichen Bücher entnommen wurden, durch welche nicht nur die Sicherheit des Eigenthumes, sondern auch der Credit gefördert werden soll, welcher in dem Falle keineswegs beeinträchtiget wird, wo der Erwerber, welcher von der wahren Sachlage anderweitig benachrichtiget wurde, durch die öffentlichen Bücher nicht getäuscht wird.

ad g) Das letzte Argument könnte gleichfalls zur Widerlegung der Ansicht des Dr. S. bezüglich der Zulassung einer Ausnahme von der allgemeinen Regel des §. 440, bei Uebertragung des Eigenthums- und Servitutsrechtes angeführt werden. Auch bezüglich dieser Ausnahme wird nirgends im Gesetze ausdrücklich eine Erwähnung gemacht, und gleichwohl läßt auch Dr. S. mit Anwendung der Vorschrift des §. 7 des a. b. G. B. eine Ausnahme zu; warum sollte nun diese Interpretation des Gesetzes bezüglich der vorliegenden Frage nicht auch gestattet sein, da doch alle Gründe, welche zur Rechtfertigung der Ansicht angeführt wurden, daß der bloße Titel, welcher im Allgemeinen zwar nur ein persönliches Recht begründet, gegen den neuen Erwerber geltend gemacht werden könne, sobald dieser wußte, daß der Veräußerer sich des Rechtes bereits begeben habe, nicht aus der eigenthümlichen Natur des Eigenthumsrechtes, sondern zumeist aus dem Zwecke der Einfüh-

rung der öffentlichen Bücher, und aus der offenbaren Absicht des Gesetzgebers, nur den getäuschten redlichen Erwerber in Schutz zu nehmen, abgeleitet wurden.

Auch Freiherr von P., welcher zwar auch bezüglich des Eigenthums- und Servitutsrechtes keine Ausnahme von der Regel des §. 440 zuläßt, ist der Ansicht, wenn schon bezüglich des Eigenthumsrechtes eine Ausnahme von der Regel des §. 440 eintritt, so müßte dieselbe um so mehr bezüglich des Pfandrechtes zugegeben werden. „Wollte man das Bewußtsein und die Wissenschaft um die Ansprüche dritter Personen als ein, vor dem äußeren Forum bestehendes Hinderniß, Eigenthum zu erwerben, ansehen, so bestände es unstreitig auch bei den Hypothekarrechten. Wer mir ein specielles Pfand auf ein Gut zugesichert hat, der kann es ohne diese Last redlicher Weise auch nicht veräußern, und der darum Wissende es nicht übernehmen. Gestatten es aber dennoch die Gesetze, und ich muß die Folgen der unvorsichtigen Vernachlässigung der Einverleibung tragen; so ist nicht abzusehen, warum der erste Käufer, der vielleicht noch nichts bezahlte, und den Kaufpreis, nicht wie der Gläubiger das Darlehen, zu verlieren in Gefahr steht, im Falle des §. 440 den Vorzug verdienen sollte.

§. 44.

Findet von der Regel des §. 440 des a. b. G. B. auch dann eine Ausnahme statt, wenn der Besitzer einer Satzpost dieselbe zwei verschiedenen Personen überläßt, und der letzte Erwerber, welcher um die Einverleibung früher ansucht, von der ersteren Pfandverschreibung Wissenschaft hat?

Man nehme den Fall an, A besitze auf dem Gute X eine Satzpost über 1000 fl., und übernimmt vom B ein Darlehen über 1000 fl., worüber er ihm eine Schuldverschreibung mit der Bewilligung, dieselbe auf seiner Satzpost intabuliren zu lassen, übergibt. In wenigen Stunden darauf erhält A vom C ein Darlehen über 1000 fl., welcher sogleich um die Superintabulation der Schuldverschreibung einkommt. Hat nun C von dem früheren Darleihensgeschäfte keine Kenntniß, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die allgemeine Regel des §. 440 volle Anwendung findet. Wie aber, wenn er zur Zeit des Darleihens von der früheren Pfandverschreibung Kenntniß hatte? Dieser Fall ist ganz analog dem eben besprochenen, wo der Eigenthümer des Gutes zwei Pfandverschreibungen ausstellt; denn der einzige Unterschied besteht darin, daß dort der Eigenthümer des verpfändeten Pfandgutes, und hier der Eigenthümer der verpfändeten Satz-

post die Verpfändung an zwei verschiedenen Personen bewirkt. Wird sonach in dem eben gegebenen Falle eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des §. 440 als zulässig erwiesen, so bietet dieser Beweis zugleich einen weiteren Beleg für die Richtigkeit der Ansicht, daß auch im ersteren Falle, wo der Eigenthümer des Gutes die Verpfändung bewirkt, die besprochene Ausnahme von der Regel des §. 440 zulässig sei.

Hat im obigen Beispiele der Eigenthümer der Satzpost dem B sein Pfandrecht abgetreten, so darf er darüber nicht weiter verfügen. Dessen ungeachtet wird der zweite Erwerber, wenn der Verlust des Verfügungsrechtes aus den öffentlichen Büchern nicht ersichtlich war, und wenn er auch anderweitig hievon nicht benachrichtiget wurde, vom Gesetz, um das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher in Kraft zu erhalten und den Verkehr durch die Auferlegung der Verbindlichkeit, Nachforschungen zu pflegen, ob das Recht nicht etwa schon vergeben wurde, nicht zu hemmen, in Schutz genommen. Wo aber der Grund dieses Schutzes entfällt, wo der Erwerber der Satzpost bereits Kenntniß hat, daß der Verleiher darüber anderweitig verfügte, und sich des Rechtes der weiteren Verfügung begeben hat, dort entfällt auch der außerordentliche Schutz des Gesetzes.

Daß dies wirklich der Fall ist, erhellet aus der Anordnung des §. 468: „Das Pfandrecht erlischt ferner mit der Zeit, auf welche es eingeschränkt war, folglich auch mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache (folglich auch wenn das Pfandrecht einem Dritten bereits abgetreten wurde), wenn anders dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt sein konnte.“

§. 45.

Fortsetzung.

Nachdem wir nachgewiesen haben, daß der zweite Gläubiger dem früheren weichen müsse, sobald er zur Zeit des geschlossenen Darlehensvertrages von dem Bestande der früheren Pfandverschreibung benachrichtiget wurde, wollen wir nun die weitere Frage lösen, welche Pfandverschreibung der Eigenthümer des Gutes zu respectiren habe?

Hierüber gibt der §. 455 des a. b. G. B. Aufschluß. „Wird der Eigenthümer von der weiteren Verpfändung benach-

richtiget, so kann er seine Schuld nur mit Willen Dessen, der das Afterpfand hat, dem Gläubiger abführen, oder er muß sie gerichtlich hinterlegen, sonst bleibt das Pfand dem Inhaber des Afterpfandes verhaftet."

Dasselbe gilt von mehreren Afterverpfändungen. Hat er jedoch nur von der zweiten und nicht auch von der früheren Afterverpfändung Kenntniß erlangt, so kann er ohne weitere Verantwortung lediglich mit Wissen und Willen des letzteren Aftergläubigers die Schuld abtragen. Wurde er jedoch auch von der ersten Afterverpfändung benachrichtiget, so darf er ohne Einwilligung des ersten Aftergläubigers den Hauptgläubiger nicht befriedigen.

Ueber die Festsetzung des §. 455 entsteht ein mehrfacher Zweifel. Zuvörderst frägt es sich, ob die Verpflichtung, die Schuld nur mit Wissen des Aftergläubigers abzutragen, oder dieselbe gerichtlich zu hinterlegen, dem Schuldner nur dann obliege, wenn er von der Afterverpfändung eigens benachrichtiget wurde, oder auch dann, wenn er hievon anderweitig zufällig Kenntniß erhielt; ferner, ob die vorgeschriebenen Vorsichten nur dann zu beachten sind, wenn der Aftergläubiger bereits intabulirt ist, oder auch dann, wenn der Hauptschuldner bloß benachrichtiget wurde, daß dem Aftergläubiger eine Pfandverschreibung übergeben worden ist? Klar ist es, daß die Gesetzgebung durch die Verfügung des §. 455 den Aftergläubiger vor jeder Beeinträchtigung sichern wollte, daß sie sonach die Vorsichten des §. 455 nicht nur für den Fall vorgezeichnet habe, wenn das Recht des Aftergläubigers bereits intabulirt ist, sondern auch dann, wenn ihm lediglich die Afterpfandverschreibung übergeben wurde. Eben so klar ist es, daß diese Vorsichten nur demjenigen Schuldner auferlegt werden können, welcher von der Afterverpfändung Wissenschaft hat, wobei es jedoch offenbar ganz gleichgiltig ist, woher er von der Afterverpfändung Kenntniß erlangte; ob er dies aus den öffentlichen Büchern ersah, ob er diesfalls eigens benachrichtiget wurde, oder ob er dies bloß zufällig erfahren habe.

Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich auch aus der ganz analogen Bestimmung des §. 1395: „Durch den Abtretungsvertrag entsteht nur zwischen dem Ueberträger (Cedent, hier Hauptgläubiger) und dem Uebernehmer der Forderung (Cessionar, hier Aftergläubiger), nicht aber zwischen dem Letzten und dem übernommenen Schuldner (Cessus, hier Eigenthümer) eine neue Verbindlichkeit. Daher ist der Schuldner, so lange

ihm der Uebernehmer nicht bekannt wird, berechtiget, den ersten Gläubiger zu bezahlen, oder sich sonst mit ihm abzufinden;" und des §. 1396: „Dieses kann der Schuldner nicht mehr, sobald ihm der Uebernehmer bekannt gemacht worden ist — —."

Wenn in dem letzten Paragraph gesagt wird, „bekannt gemacht worden ist," so ist doch aus dem obigen Paragraph unzweifelhaft zu ersehen, daß es nur darauf ankomme, ob dem Schuldner die Uebertragung bekannt worden ist.

§. 46.

Muß der Bestandinhaber, wenn er die Bewilligung zur Eintragung seines Rechtes in die öffentlichen Bücher erhielt, die Eintragung während der Veräußerung des Gutes aber noch nicht erfolgte, dem neuen Besitzer weichen, wenn derselbe zur Zeit der Erwerbung hievon Kenntniß hatte, daß dem Bestandinhaber die Bewilligung zur Einverleibung des Bestandvertrages ertheilt worden ist?

Auch bei der Lösung dieser Frage glaube ich mich auf den Zweck der Einführung der öffentlichen Bücher berufen zu sollen. Soll der Credit durch das Institut der öffentlichen Bücher gefördert werden, so mußte die Gesetzgebung festsetzen, daß nur dasjenige bezüglich der Existenz, des Umfanges, der Beschränkung des Rechtes maßgebend sei, was in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, wenngleich das wahre Sachverhältniß anders wäre, als es aus denselben erscheint. Wir haben daher auch den Satz vertheidiget, daß, wer eine Realität von einem als Eigenthümer intabulirten Vormanne an sich bringt, das Eigenthum sogleich erwirbt, wenngleich der Vormann thatsächlich nicht Eigenthümer wäre. War aber dem neuen Erwerber bekannt, daß sein intabulirter Vormann nicht Eigenthümer ist, so würde ihm beim Abgange des redlichen Glaubens nicht einmal die Ersitzung zu statten kommen. In dieser Beziehung ist es wohl gleichviel, ob man hievon Kenntniß hatte, daß der Vormann gar kein Recht, oder nur ein durch Einräumung eines Fruchtgenusses, einer anderweitigen Servitut, eines Pfand- oder Pachtrechtes, beschränktes Recht habe. Dem Zwecke der Einführung der öffentlichen Bücher wird genügt, wenn die Gesetzgebung nicht zuläßt, daß der Erwerber durch die Ausweisung der öffentlichen Bücher getäuscht werde. Von einer Täuschung ist aber dort keine Rede, wo ein aus den öffentlichen Büchern noch nicht ersichtliches Rechtsverhältniß dem Erwerber anderweitig bekannt war; zumal wir zur Genüge nachgewiesen haben, daß die Gesetzgebung das

außerbücherliche Wissen dem Erfahren aus den öffentlichen Büchern ganz gleichstellt. Wenn sonach der neue Erwerber, der von dem Bestandvertrage aus den öffentlichen Büchern Kenntniß erlangte, in Gemäßheit der §§. 1095 und 1120 des a. b. G. B. nicht berechtiget ist, den Vertrag zu kündigen, so muß er im Grunde des oben Dargestellten den Fortbestand des Pachtvertrages, wiewohl derselbe noch nicht eingetragen wurde, auch dann dulden, wenn er außerbücherlich von der bereits ertheilten Bewilligung, den Pachtvertrag einverleiben zu lassen, also von der Einräumung eines dinglichen Rechtes (was der Bestandvertrag durch die Einverleibung wird), Kenntniß erlangte.

Dr. S. will die Regel des §. 440, so wie auf Hypothekarrechte auch auf Bestandverträge ausnahmslos anwenden, und ist daher der Ansicht, daß der Käufer eines Gutes nicht gehalten sei, einen noch nicht eingetragenen Pachtvertrag bestehen zu lassen, wenn er auch außerbücherlich in Erfahrung brachte, daß der Eigenthümer die Bewilligung zur Einverleibung des Pachtvertrages ertheilte; „weil im §. 1095 und 1120 ausdrücklich festgesetzt wird: daß der Uebernehmer eines Grundstückes nur dann einen Bestandvertrag fortbestehen lassen müsse, wenn derselbe in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, daß aber außer diesem Falle ihm der Bestandnehmer weichen müsse." Gegen dieses Argument muß jedoch zuvörderst bemerkt werden, daß auch bei Eigenthums- und Servitutsrechten die Regel gilt, daß nur Derjenige ein dingliches Recht, welches auch vom neuen Erwerber anzuerkennen ist, erlangt, der dieses Recht einverleiben ließ.

Insbesondere setzt der §. 443 fest, daß mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen nur die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen werden, und andere Forderungen und Ansprüche, die Jemand an den vorigen Eigenthümer hat, auf den neuen Erwerber nicht übergehen. Gleichwohl hat auch Dr. S., ungeachtet dieser Regel, bei der Uebertragung des Eigenthums- und Servitutsrechtes Ausnahmen zugelassen. Die Festsetzung der §§. 1095 und 1120 dürfte sonach nicht im Wege stehen, auch bei Bestandverträgen eine gleiche Ausnahme eintreten zu lassen.

Dr. S. bemerkt zwar: „a) daß der Verkehr zu sehr gehemmt werden müßte, wenn der Uebernehmer des Grundstückes an die ihm zwar bekannten, aber nicht einverleibten Bestandverträge gebunden wäre, und weil auch b) überdieß der Bestandnehmer, welcher den Vertrag nicht zur bücherlichen Einlage bringt, dadurch stillschweigend zu erkennen gibt, daß er das ihm zugesicherte Recht eben so wenig achte, wie

ein Gläubiger, welcher seine Pfandverschreibung nicht einverleiben läßt, und auch c) in den meisten Fällen nicht zu achten braucht, indem gewöhnlich um das bedungene Entgelt ähnliche, gleich vortheilhafte, ja vielleicht noch vortheilhaftere Bestandverträge mit anderen Personen geschlossen werden können.

ad a) Es ist jedoch nicht abzusehen, warum ein Hemmniß des Verkehres nur in dem Falle, wenn der neue Erwerber an die ihm bekannten Bestandverträge gebunden wäre, eintreten sollte, und nicht auch dann, wenn er an die ihm bekannte Dienstbarkeit gebunden ist. Soll der Fortbestand der Bestandrechte thatsächlich ein Hemmniß des Verkehres sein, so hätte die Gesetzgebung wohl schwerlich das Gesetz erlassen, daß die in den öffentlichen Büchern eingetragenen Bestandverträge fortan Geltung haben. Frägt man nun um die Ursache, warum die Gesetzgebung die intabulirten Bestandverträge auch gegen den Käufer des Bestandgutes in Kraft erhalten will, so wird man sich leicht bescheiden, daß der Gesetzgeber hiebei den Grundsatz vor Augen hatte: „volenti non fit injuria.“ Der Käufer sah aus den öffentlichen Büchern, was er kauft; er wußte, daß ein Bestandvertrag besteht; wenn er nun gleichwohl das Gut an sich bringt, so war er wohl auch damit einverstanden, daß der Bestandvertrag aufrecht erhalten werde, zumal er den Nutzentgang in den Kaufschilling zuverlässig einrechnen wird. Hat er nun außerbücherlich den Bestand eines Pachtvertrages in Erfahrung gebracht, so tritt wohl auch derselbe Grundsatz ein, und auch hier wird er die bestehende Pachtung bei der Festsetzung des Kaufschillings in Rechnung bringen, sonach über ein Unrecht sich durchaus nicht beklagen können.

Das etwaige Hemmniß des Verkehres, welches durch die Verpflichtung des Käufers, die Bestandverträge zu übernehmen, entstehen mag, hat die Gesetzgebung nur in einem Falle beachtet, nämlich nach dem §. 1121 des a. b. G. B., bei einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung. Diese Ausnahme berechtiget aber keineswegs zu der Annahme, es habe auch außer diesem Falle der Käufer selbst dann die Bestandverträge nicht zu übernehmen, wenn er von der Existenz der Bestandverträge Kenntniß hatte, zumal es gewiß ist, daß er mit Ausnahme des im §. 1121 erwähnten Falles, die Verträge, von deren Bestand er aus den öffentlichen Büchern Kenntniß erhielt, nach §. 1095 und 1120 respectiren müsse, und die außerbücherliche Benachrichtigung, wie wir sattsam bewiesen zu haben glauben, der Kenntnißnahme aus den öffentlichen Büchern gleichgeachtet wird. Auch kann der österrei-

chischen Gesetzgebung nicht zugemuthet werden, dieselbe wolle, um ein Hemmniß des Verkehres zu beseitigen, den redlichen Pächter mitunter einen unwiederbringlichen Nachtheil zu Gunsten des unredlichen Käufers erleiden lassen.

ad b) Die Voraussetzung: „der Bestandnehmer, welcher den Vertrag nicht zur bücherlichen Einlage bringt, gebe dadurch stillschweigend zu erkennen, das ihm zugesicherte Recht nicht zu achten," könnte, wenn sie richtig wäre, auch der Ansicht des Dr. S., daß der wissentliche Käufer eines Gutes einem früheren Käufer weichen müsse, entgegnet werden. Wir haben aber überdies bereits oben nachgewiesen, daß ein Säumniß Seitens des früheren Käufers, die Intabulation anzusuchen, keineswegs als eine Verzichtleistung auf sein Recht anzusehen ist. Wie soll wohl von einem Pächter, der das Pachtgut übernommen, den Pachtschilling ordentlich entrichtet, die Bewirthschaftung gehörig besorgt, deßhalb, weil, ungeachtet ihm die Eintragung des Pachtvertrages bewilliget wurde, er nicht wissend, daß der Eigenthümer wegen Verkaufes in Unterhandlungen steht, die Eintragung wegen mannigfacher Hindernisse nicht sogleich bewirkte, angenommen werden, er achte das ihm zugesicherte Recht nicht, und verzichte darauf.

ad c) Warum sollte die Vertröstung des Pächters, er brauche das Pachtrecht nicht zu beachten, weil noch vortheilhaftere Bestandverträge mit anderen Personen geschlossen werden können, nur zur Beruhigung des Pächters, und nicht auch zur Beschwichtigung des ersten Käufers dienen, welchem doch auch Dr. S. das Vorrecht einräumt, sobald der neue Käufer von dem früheren Verkaufe Kenntniß hatte, wiewohl auch der frühere Käufer in der Lage wäre, ein anderes Gut, und vielleicht unter vortheilhafteren Bedingungen, zu kaufen.

Bei Lösung juridischer Streitfragen sind, will man die Absicht des Gesetzgebers ermitteln, nicht einzelne Ausnahmsfälle zu beachten, die eintreten können, aber in der Regel nicht eintreffen.

Der Gesetzgeber hat stets das Gewöhnliche vor Augen, und gewöhnlich wird dem Pächter gewiß kein Dienst erwiesen, wenn man ihn zwingt, vor Ablauf der Pachtzeit wegen des mittlerweiligen Gutsverkaufes die Pachtung fahren zu lassen.

Das gewichtigste Argument, welches unserer Ansicht entgegnet werden könnte, ist die Betrachtung, daß der Käufer eines Gutes wohl wußte, daß er nach §. 1095 nur jene Pachtverträge zu respectiren habe, die in den öffentlichen Büchern eingetragen sind. Es wäre sonach die Behauptung, daß er auch nichtintabulirte Verträge in Kraft

erhalten müsse, geradezu gegen den klaren Ausspruch des Gesetzes. Allein die Festsetzung des §. 1095 des a. b. G. B. ist nichts anderes, als eine, in Bezug auf die Bestandverträge wiederholte Regel des §. 443 des a. b. G. B., nach welcher Forderungen und Ansprüche, die Jemand an den früheren Eigenthümer hat, nicht auf den neuen Erwerber übergehen; und gleichwohl gibt auch Dr. S. zu, daß der Erwerber selbst das persönliche Recht anerkennen müsse, sobald ihm auch nur außerbücherlich bekannt wurde, daß dem persönlich Berechtigten ein dingliches Recht auf die Sache bereits eingeräumt wurde. Wenden wir nun alle diesfalls geltend gemachten Gründe auf Pachtverträge an, so müssen wir gleichfalls zugeben, daß auch, sobald dem neuen Erwerber zur Zeit der Erwerbung bereits bekannt war, daß einem Pächter die Einverleibungsbewilligung vom Eigenthümer ertheilt wurde, der neue Erwerber diesen Pachtvertrag zu respectiren habe, wenngleich er die Einverleibung ansuchte, bevor noch der Pächter um die Verbücherung des Pachtvertrages einschritt.

§. 47.

Endlich wollen wir noch die Frage einer Erörterung unterziehen, ob in dem Falle, wenn der Eigenthümer sein Gut zwei verschiedenen Personen in Pacht überläßt, der frühere Petent auch dann vorzuziehen ist, wenn er hievon Wissenschaft erlangte, daß das Gut bereits einem Anderen früher verpachtet wurde?

Gesetzt, Alois Mitterlich verpachtet dem Carl Putling sein Gut vom 20. März 1862 angefangen, auf 10 Jahre um den jährlichen Pachtzins von 1000 fl. Der diesfällige Pachtvertrag wurde mit der Intabulationsbewilligung bereits ausgefertiget, und Carl Putling in den physischen Besitz eingeführt. In einigen Tagen darauf bietet Franz Volto, einer der im Pachtvertrage unterfertigten Zeugen, dem Verpächter einen jährlichen Pachtzins von 1200 fl. an; der Vertrag wird abgeschlossen, und Franz Volto überreicht sogleich das Intabulationsgesuch. Ein gleiches Gesuch überreicht Carl Putling in einigen Tagen darauf.

Wird nun in dem hieraus entstandenen Streite Franz Volto, in Gemäßheit des §. 440, als Pächter erhalten, so würde dieser Ausspruch gegen alle Grundsätze des a. b. G. B. verstoßen, welches stets die Redlichkeit in Schutz nimmt. In dem gegebenen Falle entfällt jede Voraussetzung, unter welcher der Ausspruch des §. 440 gerecht-

fertiget wird, nämlich insbesondere die Annahme, daß das Rechtsverhältniß beider Erwerber ganz gleich ist, und daß die einzige Ungleichheit darin besteht, daß der frühere Petent sich zuerst um die Wahrung seines Rechtes kümmerte. Hier berufen sich beide nur auf einen gleichen Titel; dagegen hat der Eine das Recht vom Eigenthümer zu einer Zeit erhalten, als ihm noch das Verfügungsrecht zustand, während der Zweite den Vertrag erst dann abschloß, als der Verpächter sich des Rechtes, das Gut auf 10 Jahre zu verpachten, durch den mit Putling abgeschlossenen Vertrag bereits begeben hat; Putling ist überdies in bona, Volto dagegen in mala fide. Putling ist schon wegen der Aufrechthaltung des Zweckes der öffentlichen Bücher, daß er durch dieselben nicht getäuscht werde, zu schützen; während bezüglich des Volto keine Rede von einer Täuschung sein kann, da er wohl wußte, daß das Gut dem Putling bereits auf 10 Jahre überlassen wurde. Zur Rechtfertigung der Ansicht, daß im gegebenen Falle Volto nicht in der Pachtung zu erhalten ist, finden daher alle jene Gründe volle Anwendung, welche zur Nachweisung der Richtigkeit der Behauptung angeführt wurden, daß auch von zwei Käufern dem früheren Petenten das Gut nur dann zufalle, wenn er hievon keine Wissenschaft hatte, daß das Gut bereits einem Anderen früher verkauft wurde. Thatsächlich ist auch zwischen dem Kauf- und Pachtvertrage nur der Unterschied, daß beim Kaufvertrage die Sache selbst, beim Pachtvertrag nur der Gebrauch der Sache für verkauft anzusehen ist (§. 1094) *).

---

*) Der weitere Unterschied, daß beim Kaufvertrage in der Regel die Sache auf immer übernommen wird, während beim Bestandvertrage das Recht des Bestandnehmers nur auf eine bestimmte Zeit beschränkt wird, kann hier um so weniger in Betracht kommen, als von beiden Regeln Ausnahmen stattfinden.

Zweite Abtheilung.

Rechtswirkungen der Einverleibung bezüglich der Erwerbung des Hypotheken- und Servitutsrechtes.

Erster Abschnitt.

Erwerbung des Hypotheken- und Servitutsrechtes.

§. 48.

Die Anordnung des §. 445 des a. b. G. B., „daß man sich nach den über die Erwerbungsart des Eigenthumsrechtes gegebenen Vorschriften auch bei den übrigen, auf unbewegliche Sachen sich beziehenden dinglichen Rechten zu verhalten habe," hat wohl auch umgekehrt Geltung; nämlich, daß die Vorschriften, welche über die Erwerbung und Erlöschung der übrigen dinglichen Rechte gegeben wurden, auch bezüglich des Eigenthumsrechtes Anwendung finden, in wiefern diesfalls die Eigenthümlichkeit der übrigen dinglichen Rechte nicht etwa besondere, von der allgemeinen Regel abweichende Festsetzungen erheischt.

Wir wollen nun untersuchen, ob bezüglich der übrigen dinglichen Rechte der Grundsatz nicht auch eingehalten wird, daß der Erwerber nicht erst die Giltigkeit oder Ungiltigkeit des Titels des intabulirten Ueberlassers zu erforschen braucht, sondern kraft der Publicität der öffentlichen Bücher ihm jedenfalls das dingliche Recht, welches er im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher an sich brachte, zuerkannt wird.

§. 49.

Wer von einem Intabulirten eine Hypothek rechtmäßig und redlich übernimmt, erhält ein unanfechtbares Hypothekarrecht.

Hier haben wir lediglich die Frage zu erörtern, was Rechtens ist, wenn von einem intabulirten Gläubiger, dessen Forderung nie zu Recht bestand, oder bereits getilgt wurde, diese Hypothek als Afterhypothek ganz oder theilweise übertragen wird; denn, inwiefern von einem als Eigenthümer der Realität Einverleibten, der jedoch gleichwohl nicht Eigenthümer ist, eine Hypothek eingeräumt wird, hängt die Entscheidung, ob der Uebernehmer die Hypothek erlange, von der Lösung der obigen Frage ab, ob vom intabulirten Nichteigenthümer das Eigenthum selbst erlangt werden könne.

Bezüglich des Pfandrechtes enthält das a. b. G. B. nachstehende, die vorwürfige Frage betreffende Anordnungen: „Das Pfandrecht bezieht sich zwar immer auf eine giltige Forderung, aber nicht jede Forderung gibt einen Titel zur Erwerbung des Pfandrechtes (§. 449)."

„Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, muß der mit einem Titel versehene Gläubiger, wenn die Sache unbeweglich ist, seine Forderung auf die zur Erwerbung des Eigenthumes liegender Güter vorgeschriebene Art einverleiben lassen. Der Titel allein gibt nur ein persönliches Recht zu der Sache, aber kein dingliches Recht auf die Sache." (§. 451.)

Gleichwohl wird im §. 469 festgesetzt: „zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist." (§. 469.)

Aus diesen Gesetzesstellen ist sonach zu ersehen, daß zur Erwerbung des Pfandrechtes, wie zur Erwerbung jedes anderen dinglichen Rechtes, vor Allem ein giltiger Titel erforderlich ist, welcher sich entweder auf das Gesetz, auf einen richterlichen Ausspruch, auf einen Vertrag, oder den letzten Willen des Eigenthümers gründet (§. 449); daß ferner die Uebergabe zu erfolgen habe. Daß der Uebertrager des Pfandrechtes selbst Eigenthümer sein müsse, wird nirgends ausdrücklich vorgeschrieben. Es wird zwar im §. 457 des a. b. G. B., welcher jedoch nur den objectiven Umfang des Pfandrechtes bezeichnet, gesagt: „Das Pfandrecht erstreckt sich auf alle zu dem freien Eigenthume des Verpfänders gehörigen Theile." Dagegen ist aus der Anordnung des §. 454 des a. b. G. B. zu ersehen, daß auch der bloße Pfandinhaber (also der Nichteigenthümer) sein Pfand, in so weit er ein Recht darauf hat, einem Dritten überlassen könne. Nur bezüglich der beweglichen Sachen erhellet aus der Festsetzung des §. 456 des a. b. G. B., daß diese von Jemanden, der weder Eigenthümer noch Pfandinhaber ist, nicht giltig verpfändet werden können.

Eben so ist aus der Anordnung des §. 468 des a. b. G. B.: „das Pfandrecht erlischt mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache," zu ersehen, daß sowohl bei beweglichen als bei unbeweglichen Sachen das Pfand- und Hypothekenrecht nur von dem hiezu Berechtigten übertragen werden könne.

Von dieser Regel finden aber mehrfache Ausnahmen statt.

a) Insbesondere wird bezüglich der beweglichen Sachen im

§. 456 des a. b. G. B. angeordnet: „Wird eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers verpfändet, so hat dieser in der Regel zwar das Recht, sie zurückzufordern; aber in solchen Fällen, in welchen die Eigenthumsklage gegen einen redlichen Besitzer nicht statt hat (§. 367), ist er verbunden, entweder den redlichen Pfandinhaber schadlos zu halten, oder das Pfand fahren zu lassen, und sich mit dem Ersatzrechte gegen den Verpfänder zu begnügen."

b) Der §. 468 des a. b. G. B. verordnet im Allgemeinen, sowohl bezüglich der beweglichen, als auch der unbeweglichen Sachen: „Das Pfandrecht erlischt mit der Zeit, auf welche es eingeschränkt war, folglich auch mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache, wenn anders dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt sein konnte."

Noch klarer wird im §. 469 des a. b. G. B. ausgesprochen: „Ein Hypothekargut bleibt (wenngleich die Schuld bereits getilgt wurde) so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.

Wohl sprechen beide diese Paragraphe nur von der Aufhebung des Pfandrechtes, so wie der §. 444 des a. b. G. B. von der Erlöschung des Eigenthumsrechtes. Man könnte demnach des Erachtens sein, daß die Anordnungen dieser Paragraphe dann keine Anwendung finden, wenn das Pfandrecht nie zu Recht bestand, zumal von dem Aufhören eines nicht bestandenen Rechtes keine Rede sein könne.

Wir wollen auch nicht die Frage beantworten, wann das Eigenthumsrecht aufhöre oder nicht aufhöre, sondern vielmehr die Streitfrage zu lösen versuchen, ob sowohl das Eigenthums- als auch das Pfandrecht, im Falle der Ueberlasser als Eigenthümer in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheint, thatsächlich aber nicht Eigenthümer ist, erworben werden könne, und berufen uns, in Ermanglung einer diesfälligen ausdrücklichen Anordnung, lediglich auf die analogen Bestimmungen des Nichtaufhörens des Eigenthums- und Hypothekenrechtes, zumal wir der Ansicht sind, daß, wenn der Gesetzgeber das Hypothekargut, bis die Urkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist, noch immer als verhaftet bezeichnet, wenngleich die Schuld bereits getilgt wurde (wiewohl nach §. 449 des a. b. G. B. das Pfandrecht stets eine giltige Forderung voraussetzt), dieselbe Wirkung der fortdauernden Intabulation auch dann einzutreten habe, wenn gleich an-

fänglich der intabulirte Uebertrager kein Recht zur Uebertragung des Hypothekenrechtes hatte.

Daß die Anordnungen der §§. 468 und 469 des a. b. G. B. auch dann Anwendung finden, wenn das zeitliche Recht des Uebertragers schon vor der Ueberlassung des Pfandrechtes aufgehört hat, oder wenn der hypothecirte Gläubiger schon vor der Abtretung der Hypothek befriediget worden ist, kann wohl nicht in Zweifel gezogen werden, wenn beachtet wird, daß nach dem Wortlaute des §. 468 des a. b. G. B. kein Unterschied gemacht wird, ob die Verpfändung noch zur Zeit, als dem Verpfänder das Recht zustand, oder bereits nach Aufhören seines zeitlichen Rechtes stattfand. In jedem Falle wird das Pfandrecht erworben, sobald der Uebernehmer sich nicht etwa aus den öffentlichen Büchern überzeugen konnte, daß das Recht des Ueberlassers nur ein zeitliches ist, und daher bald erlöschen werde, oder bereits erloschen ist.

Durch die Anordnung des §. 468 des a. b. G. B. wollte demnach die Gesetzgebung ein nicht bestehendes Recht als bestehend anerkennen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es erst aufhörte, oder ursprünglich nicht bestand, sobald Jemand dasselbe im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher an sich brachte. Das Motiv der Anordnung dieses Paragraphes ist unzweifelhaft das Streben, den Credit zu fördern, den redlichen Erwerber zu schützen, und den Zweck der öffentlichen Bücher zu erzielen; welcher Zweck nur dann erreicht werden kann, wenn man den auf die öffentlichen Bücher Vertrauenden auch im Falle der Ueberlassung des Rechtes von einem Nichtberechtigten in Schutz nimmt, gleichviel ob er deßhalb Nichtberechtiget ist, weil er das Recht verloren, oder deßhalb, weil er es niemals hatte. Es verstößt jedenfalls die Anordnung des §. 468 gegen den Grundsatz des §. 442 des a. b. G. B., daß Niemand einem Andern mehr Recht abtreten kann, als er selbst hat; gleichwohl läßt das Gesetz eine Ausnahme von diesem Grundsatze dann eintreten, wenn die Nichtberechtigung des Ueberlassers dem Uebernehmer nicht bekannt war.

Der Grund dieser Ausnahme liegt sonach lediglich in dem guten Glauben des Uebernehmers, welche redliche Erwerbung im gleichen Maße in Schutz zu nehmen ist, ohne Unterschied, ob der Ueberlasser anfänglich zur Uebertragung berechtiget war, und erst in der Folge aufhörte es zu sein, oder ob er zur Uebertragung nie befugt war; denn seine Nichtberechtigung erleidet dadurch nicht die mindeste Aenderung, ob er gleich anfänglich nicht berechtiget war, oder ob er es

erst in der Folge geworden ist. Es ist sonach klar, daß bei der Beurtheilung der Frage, ob der Ausnahmsfall des §. 468 des a. b. G. B. eingetreten sei oder nicht, keineswegs in Erwägung zu ziehen ist, wann der Ueberlasser zur Uebertragung des Pfandrechtes berechtiget war oder nicht, — sondern bloß zu ermitteln ist, ob die Nichtberechtigung dem Uebernehmer bekannt war oder aus den öffentlichen Büchern bekannt sein konnte.

Daß übrigens das Aufhören eines Rechtes dem schon ursprünglichen Nichtbestande desselben gleich zu achten sei, ist auch aus dem §. 1351 des a. b. G. B. zu ersehen. „Verbindlichkeiten, welche nie zu Recht bestanden haben oder schon aufgehoben sind.“ — —

Der §. 469 des a. b. G. B. setzt im Allgemeinen fest: „Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht wird, ohne hiebei einen Unterschied zu machen, ob die Schuld erst in der Folge getilgt, oder ob die Hypothek ohne allen Rechtsgrund erwirkt wurde;“ ob ferners die weitere Uebertragung der Hypothek zu einer Zeit geschah, wo der Uebertragende noch nicht befriediget wurde, oder erst nach bereits erfolgter Tilgung der Schuld. Bleibt nun das Gut jedenfalls verhaftet, so hat Jeder, welcher auch nach erfolgter Tilgung der Schuld dem gleichwohl noch intabulirten Gläubiger im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher ein Darlehen vorgestreckt oder eine Superhypothek erwirkt hat, das Recht, aus der fortan haftenden Hypothek seine Befriedigung zu suchen. Der Ausdruck: „verhaftet“ gilt hier offenbar nicht bezüglich Desjenigen, dem die Schuld gezahlt wurde, denn nach §. 1369 des a. b. G. B. muß der befriedigte Gläubiger den Verpfänder in den Stand setzen, die Löschung der Verbindlichkeit, die nach §. 1412 des a. b. G. B. durch die Zahlung d. i. durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, aufgelöset wurde, — aus den Hypotheken-Büchern bewirken zu können.

Ueberhaupt kann eine Haftung nach §. 1351 des a. b. G. B. für eine Verbindlichkeit die schon aufgehoben ist, nicht stattfinden. Der Ausdruck „Haftung“ kann demnach nur auf jenes Recht bezogen werden, welches auf der nicht gelöschten Hypothek einer dritten Person nach Bestimmung des §. 454 des a. b. G. B. eingeräumt wurde.

§. 50.

Bezüglich der Festsetzung des §. 469 des a. b. G. B. ist der weitere Zweifel rege gemacht worden, ob diese Haf-

tung nur dann einzutreten habe, wenn die weitere Pfändung noch vor der Befriedigung des Gläubigers vorgenommen wurde, oder aber auch dann, wenn der bereits befriedigte Gläubiger die Hypothek belastete? Es heißt nämlich im §. 454 des a. b. G. B.: „der Pfandinhaber kann sein Pfand, in soweit er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden. Ist nun die Zahlung erfolgt, so ist sein Recht bereits erloschen — folglich zur weiteren Verpfändung nicht mehr berechtigt. — Allerdings war er zur weiteren Pfändung nicht mehr berechtiget und wird dafür dem Eigenthümer verantwortlich sein, gleichwohl haftet das Hypothekargut dem neuen Gläubiger, weil, wie wir bereits oben bemerkten, der §. 469 des a. b. G. B. ohne Unterschied, wann die weitere Verpfändung stattfand, das Hypothekargut als haftend erklärt, die Verpfändung mag vor oder nach der Zahlung bewirkt worden sein, zumal hier der Schade hintangehalten werden will, welchen der auf die öffentlichen Bücher vertrauende Gläubiger zu erleiden hätte, wenn ungeachtet er aus den öffentlichen Büchern ersah, daß die Hypothek aufrecht besteht, — er gleichwohl seines Pfandrechtes verlustig werden würde. Vor diesem Schaden kann der den öffentlichen Büchern Vertrauende nur dann gesichert werden, wenn das Gut jedenfalls verhaftet bleibt, und zwar ohne Unterschied, ob die Superpfändung vor oder nach der Befriedigung des Gläubigers statt fand.

§. 551.

Auch der Cessionar erlangt ein unanfechtbares Recht, wenn zur Zeit der Cession das Recht des Cedenten in den öffentlichen Büchern noch eingetragen war.

Zur weiteren Begründung der Ansicht, daß Derjenige, welcher den öffentlichen Büchern vertrauend, durch die Ueberlassung der Hypothek das Pfandrecht sogleich erwirbt, — wenngleich sein Vormann zur Uebertragung desselben kein Recht hatte, wollen wir die mannigfachen Fälle dieser Uebertragung in Erwägung ziehen.

In wiefern dieselbe durch eine Superpfändung stattfindet, glauben wir bereits genügend nachgewiesen zu haben, daß der Superhypothecirte das Pfandrecht erlangt, wenngleich das Recht des Verpfänders nie bestanden oder aufgehört hat, und zwar im letzteren Falle, ohne Unterschied, ob die weitere Verpfändung vor, oder nach dem Aufhören des Rechtes des Vormannes statt fand.

Wie aber, wenn keine Supereintragung sondern eine Cession der Forderung statt fand, und zwar zu einer Zeit, als der Cedent bereits

befriediget wurde? Diejenigen, welche behaupten, daß durch eine derlei Cession die Rechte des Cessus nicht alterirt werden, berufen sich auf nachstehende gesetzliche Bestimmungen: 1. Zuvörderst setzt der §. 1394 des a. b. G. B. fest: „die Rechte des Uebernehmers sind mit den Rechten des Uebertragers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben." Hier wurde der im §. 442 des a. b. G. B. aufgestellte Grundsatz auf Cessionen angewendet. 2. Nach §. 1395 des a. b. G. B. entsteht durch den Abtretungsvertrag nur zwischen dem Ueberträger (Cedent) und dem Uebernehmer der Forderung (Cessionar), nicht aber zwischen dem Letzten und dem übernommenen Schuldner (Cessus) eine neue Verbindlichkeit.

Dieser Ausspruch stützt sich auf den Grundsatz, daß ein zwischen zwei Personen abgeschlossenes Rechtsgeschäft die Rechte einer dritten Person, welche hiebei nicht intervenirte, nicht berühre.

Indessen enthält das a. b. G. sowohl von der einen als von der anderen Regel manigfache Ausnahmen. *)

---

*) a. Insbesondere kann der redliche Uebernehmer, wiewohl er vom Nichteigenthümer die Sache überkommen hat, alle aus der Sache entspringenden Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert worden sind, beziehen; ihm gehören auch alle andern schon eingehobenen Nutzungen, in sofern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig geworden sind (§. 330 des a. b. G. B.); diese Rechte stehen auch dem dritten redlichen Besitzer zu, der einzelne Erbstücke vom vermeintlichen Erben erworben hat (§. 824 des a. b. G. B.). Ist die Absonderung vermengter Sachen nicht möglich, so kann Derjenige, mit dessen Sache der Andere durch Verschulden die Vereinigung vorgenommen hat, oder im Falle keinem Theile ein Verschulden zur Last fällt, Derjenige, dessen Antheil mehr werth ist, den ganzen Gegenstand gegen Ersatz der Verbesserung behalten (§. 415 des a. b. G. B.).

Hat der Uebernehmer fremder Materialien dieselben zur Ausbesserung einer Sache verwendet, so fällt die fremde Materie dem Eigenthümer der Hauptsache zu (§. 416 des a. b. G. B.); hat er mit fremden Materialien auf eigenem Boden ein Gebäude aufgeführt, so bleibt das Gebäude sein Eigenthum (§. 417 des a. b. G. B.); hat er mit fremdem Samen sein Feld besäet, oder mit fremden Pflanzen besetzt, so gehört ein solcher Zuwachs dem Eigenthümer des Grundes, wenn die Pflanzen schon Wurzel geschlagen haben (§. 420 des a. b. G. B.); der Ansichbringer einer fremden Sache hat als Besitzer die in den §§. 323, 328, 339 u. 344 des a. b. G. B. normirten Besitzrechte.

In den Fällen des §. 366, 367 und 456 des a. b. G. B. so wie in den Fällen der Ersitzung wird das Eigenthum einer fremden Sache und das Pfandrecht auch ohne alle Entschädigungsleistung erworben.

b. Es können einem Dritten Verbindlichkeiten aus einem Geschäfte auferlegt werden, bei denen er keineswegs intervenirte. So werden bei einem gemeinschaftlichen Eigenthume von der Mehrheit der Stimmen der Minorität auch gegen ihren Willen Pflichten auferlegt (§. 833 u. 834).

Es können demnach die obigen Regeln unserer Behauptung, daß der Cessionar ein, wenngleich bereits aufgehobenes Recht des Cedenten

---

Wer eine fremde Sache die der Eigenthümer sonst schwerlich wieder erlangt haben würde, redlicher Weise an sich gelöset, und dadurch dem Eigenthümer einen erweislichen Nutzen verschafft hat, kann eine angemessene Vergütung, (§. 403 des a. b. G. B.), der Finder einen Finderlohn fordern (§. 391 des a. b. G. B.)

Wer, obgleich unberufen, ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt, dem ist Derjenige, dessen Geschäft er besorgt hat, den nothwendig und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig, wenngleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist. (§. 1036). Hat der Geschäftsführer ohne Auftrag das Geschäft auf seine Kosten zu des Andern klarem, überwiegendem Vortheile geführet, so müssen ihm von diesem die darauf verwendeten Kosten ersetzt werden. (§. 1037.)

Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Andern verwendet worden ist, kann der Eigenthümer sie in Natur oder, wenn dies nicht mehr geschehen kann, den Werth verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist. (§. 1041.)

Wer für einen Andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, hat das Recht, den Ersatz zu fordern. (§. 1042.)

Hat Jemand in einem Nothfalle, um einen größern Schaden von sich und Andern abzuwenden, sein Eigenthum aufgeopfert, so müssen ihn Alle, welche daraus Vortheil zogen, verhältnißmäßig entschädigen. (§. 1043.)

Wer in einem Nothfalle Jemanden einen Dienst geleistet hat, der kann den sicher verschafften Nutzen gegen den verursachten Schaden in Anrechnung bringen §. 1312).

In allen diesen Fällen liegt der Grund der Verpflichtung dritter Personen in dem Vortheile, welcher dem Eigenthümer erwächst, oder wenigstens in der Absicht, ihm einen Vortheil zuzuwenden, wie im Falle des §. 1041.

Es kann aber auch einer dritten Person eine Verpflichtung auferlegt werden, wenn irgend ein Verschulden derselben zur Last fällt. Den Schaden, welchen Wahn- oder Blödsinnige, oder Kinder Jemanden zufügen, haben diejenigen zu ersetzen, denen der Schade wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personen anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann. (§§. 1308 und 1309.)

Selbst für einen zufälligen Schaden haftet Derjenige, der ihn durch sein Verschulden veranlaßt. (§. 1311.)

So haftet Derjenige, welcher wissentlich gefährliche Personen zu einem Geschäfte bestellt, in den Dienst aufnimmt. (§§. 1314 und 1315.)

Die Haftung hat mitunter auch dann einzutreten, wenn gar kein Verschulden unterläuft. So verantworten Wirthe, Schiffer und Fuhrleute den Schaden, welchen ihre eigenen oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den übernommenen Sachen, einem Reisenden in ihrem Hause, oder in ihrem Schiffe, oder an der Befrachtung verursachen. (§. 1316.)

Für den Schaden, der durch das Herausgießen oder Herauswerfen aus einer Wohnung zugefügt wird, haftet Derjenige, aus dessen Wohnung geworfen oder gegossen worden ist. (§. 1318.)

giltig erwerbe, sobald er dieses im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher an sich brachte, nicht als entscheidend entgegnet werden, sobald aus anderweitigen Gesetzesstellen zu ersehen ist, daß die Gesetzgebung auch bei einer Cession den guten Glauben des Cessionars in Schutz nehmen und ihm übertragene Rechte auch dann einräumen wolle, wenn der Cedent selbst zur Uebertragung kein Recht hatte, und wenngleich der Cessus an der Cession keinen Theil nahm.

Schon aus dem Schlußabsatze des §. 1395 des a. b. G. B. ist zu ersehen, daß der Schuldner, wenn ihm der Uebernehmer bekannt wird, den ersten Gläubiger (Cedenten) zu bezahlen oder sich mit ihm abzufinden nicht mehr berechtiget ist. Es enthält also bereits dieser Schlußabsatz eine Ausnahme von der Regel des §. 1395 des a. b. G. B. — daß durch den Abtretungsvertrag dem Cessus keine Verbindlichkeit auferlegt werde.

Daß der Cessus selbst dann, wenn die übertragene Forderung nicht zu Recht besteht, den Cessionar als seinen Gläubiger befriedigen müsse, sobald der Uebernehmer im guten Glauben ist, und zwar aus Verschulden des Cessus, erhellet klar aus der ausdrücklichen Anordnung des §. 1396 des a. b. G. B. „Hat er (der Cessus) die Forderung gegen den redlichen Uebernehmer für richtig erkannt, so ist er verbun- den, denselben als seinen Gläubiger zu befriedigen.“

Meines Erachtens kann schon aus der Verfügung dieses Paragraphes mit Grund gefolgert werden, daß, wenn die Forderung des Cedenten in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, der Cessus dem redlichen Uebernehmer haften müsse, weil, nachdem ungeachtet der Zahlung die Löschung der Forderung aus den öffentlichen Büchern nicht erfolgte, einerseits der gute Glaube des Uebernehmers potencirt wurde, und weil andererseits die Nichtbewirkung der Extabulation der Anerkennung der Schuld gleichzustellen ist, und vornehmlich aus dem Grunde, weil zugleich ein Verschulden des Cessus mitunterläuft, welcher ungeachtet des im §. 469 des a. b. G. B. aufgestellten Grundsatzes, daß ein Hypothekargut so lange verhaftet bleibt, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist, die Löschung bei der Zahlung nicht sogleich bewirkte. — Er wird es demnach seinem eigenen Verschulden beizumessen haben, daß er dem redlichen Uebernehmer für die Forderung haften müsse.

Eines der vorzüglichsten Argumente für die Ansicht, daß auch bei der Cession dem Cessionar der Nichtbestand der abgetretenen For-

derung vom Cessus nicht entgegnet werden könne, wenn der Cessionar eine den öffentlichen Büchern noch einverleibte Forderung übernommen hat, entnehmen wir der Anordnung des §. 1443 des a. b. G. B.: „Gegen eine den öffentlichen Büchern einverleibte Forderung kann die Einwendung der Compensation einem Cessionar nur dann entgegengesetzt werden, wenn die Gegenforderung ebenfalls, und zwar bei der Forderung selbst eingetragen, oder dem Cessionar bei der Uebernehmung der letzteren bekannt gemacht worden ist."

Die Anordnung dieses Paragraphes gilt nicht nur für den Fall, wenn die Forderung vom Cedenten noch nicht eingeklagt, und erst vom Cessionar eingetrieben werden will, sondern auch dann, wenn der Cedent die Forderung bereits einklagte, dieselbe mit einer Gegenforderung des Cessus bereits compensirt wurde, in den öffentlichen Büchern aber die Forderung noch immer als aufrecht bestehend erscheint, und die Gegenforderung nicht vorgemerkt wurde.

Auf dem Gute Born des Alois Werth haftet eine Forderung des Leopold Grau von 100 Ducaten; diese wird vom Cessionar Paul Tordi gegen Alois Werth eingeklagt. Hier könnte Werth dem Tordi die Einwendung der Compensation nicht entgegnen, wenn die Gegenforderung aus den öffentlichen Büchern nicht ersichtlich, oder dem Cessionar bei der Abtretung nicht bekannt gemacht worden ist. Deßgleichen könnte in dem Falle, wenn Grau die Forderung bereits einklagte, diese mit einer Gegenforderung compensirt wurde, dem Cessionar Tordi die erfolgte Compensation nicht eingewendet werden, wenn Tordi zur Zeit der Cession von dem Bestande der Gegenforderung und von der sofort erfolgten Compensation keine Wissenschaft hatte.

Da nun nach §. 1438 des a. b. G. B.*) die Compensation als Zahlung anzusehen ist, so unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß dasjenige, was der §. 1443 bezüglich der Compensation festsetzt, auch im Falle der Zahlung zu gelten habe.

Im gegebenen Beispiele könnte sonach der Cessus Werth dem Cessionar Tordi auch die Einwendung der bereits erfolgten Zahlung nicht entgegnen, wenn diese aus den öffentlichen Büchern nicht ersicht-

---

*) „Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, die richtig, gleichartig, und so beschaffen sind, daß eine Sache, die dem Einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem Anderen entrichtet werden kann, so entsteht, insoweit die Forderungen sich gegen einander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirket." §. 1438 des a. b. G. B.

lich, oder sonst bei der Uebernahme der Forderung dem Cessionar nicht bekannt war. Eine bereits gezahlte Forderung ist einer überhaupt nicht, oder nicht mehr bestehenden Forderung gleichzuachten. Es wird also nach der Analogie der Anordnung des §. 1443 des a. b. G. B. vom Cessus auch die Einwendung des Nichtbestehens der Forderung dem redlichen, den öffentlichen Büchern vertrauenden Erwerber nicht gemacht werden können.

Es ist sonach klar, daß die obigen Grundsätze der Cession der §§. 1394 und 1395 des a. b. G. B. dann allerdings eine Ausnahme erleiden, wenn das nicht mehr bestehende Recht des Cedenten in den öffentlichen Büchern als bestehend erscheint, und daß in diesem Falle der Cessionar nicht erst den Ablauf der Ersitzungszeit abzuwarten habe, sondern sogleich durch die Einverleibung des ihm abgetretenen Rechtes dasselbe erwerbe.

Frägt man nach dem Grunde der im §. 1443 des a. b. G. B. enthaltenen Ausnahme von den obigen Rechtsgrundsätzen, so liegt wohl die Antwort nicht sehr ferne, daß der Grund in der Absicht der Gesetzgebung gelegen ist, Denjenigen zu schützen, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt hat, welches Vertrauen unter allen Umständen aufrecht erhalten werden muß. Daß dieses Vertrauen hiebei vor Allem maßgebend erscheint, ist aus der weiteren Anordnung des bezogenen Paragraphes zu ersehen, wonach der Cessus die Einwendung der Compensation dem Cessionar wirksam entgegnen kann, wenn demselben der Bestand der Gegenforderung bei der Uebernahme der intabulirten Forderung bekannt gemacht worden ist.

Hiebei ist aber nicht zu übersehen, daß die bloße Redlichkeit des Uebernehmers, d. i. der gute Glaube, daß die abgetretene Forderung aufrecht bestehe, an und für sich nicht genügt, dem Cessus die Verbindlichkeit der nochmaligen Zahlung einer bereits getilgten Forderung aufzuerlegen, wenn die vom redlichen Erwerber übernommene Forderung nicht zugleich den öffentlichen Büchern einverleibt ist; denn aus der allgemeinen Regel des §. 1394 des a. b. G. B. ist zu ersehen, daß der Cessionar gegen den Cessus nur jenes Recht geltend machen könne, welches dem Cedenten wirklich zustand, und die Ausnahme des §. 1443 des a. b. G. B. bezieht sich nicht auf redliche Erwerbungen überhaupt, sondern nur auf die redlichen Ansichbringungen jener Forderungen, die den öffentlichen Büchern als aufrecht und ungeschmälert bestehend einverleibt sind. Es ist sonach klar, daß so wie im §. 367 des a. b. G. B. nicht der redliche Erwerber an und für

sich, sondern nur jener geschützt wird, welcher die Sache zugleich auf eine der im §. 367 bezeichneten Arten erworben hat, eben so der redliche Cessionar nicht in Folge seiner Redlichkeit allein, sondern nur dann die cedirte Forderung erwerbe, wenn er den Bestand derselben aus den öffentlichen Büchern ersah.

§. 52.

Kann der redliche Cessionar die ganze Forderung gegen den Cessus geltend machen, ohne weiters darauf zu achten, welchen Betrag er für die Abtretung der Forderung dem Cedenten gegeben hat?

Zufolge der Lex anastasiana (const. 22. Cod. mand. 4. 35) durfte ein Cessionar, der die Forderung gekauft hat, nicht mehr einklagen, als er selbst dafür gegeben hatte, und zwar selbst dann nicht, wenn der Cessus dem Cedenten thatsächlich einen höheren Betrag schuldete.

Diese Beschränkung der Rechte des Cessionars wurde jedoch in unser a. b. G. B. nicht aufgenommen, weßhalb die Rechtsgelehrten *) der Ansicht sind, daß der Cessionar die abgetretene Forderung gegen den Cessus in ihrem ganzen Umfange geltend machen könne, mag er was immer für einen Preis dafür gegeben haben.

Zur Unterstützung dieser Ansicht könnte angeführt werden, daß zufolge der Anordnung des §. 1397 des a. b. G. B. auf den Betrag, welcher für die Cession gegeben wurde, nur bezüglich der Haftung des Cedenten Rücksicht zu nehmen ist **), während bezüglich der Verbindlichkeit des Cessus eine derlei Beschränkung im Gesetze nicht vorkommt. Wenn sonach die Gesetzgebung die Rechte des Cessionars dem Cessus gegenüber eben so beschränken wollte, so würde sie diese Beschränkung gleichfalls irgend wo ausgesprochen haben.

Wohl lassen sich, jedoch lediglich in dem Ausnahmsfalle, wenn der Cessus nach §. 1443 des a. b. G. B. für die bereits getilgte, aber noch nicht intabulirte Forderung zu haften hat, für die Ansicht, daß der Cessus nur jenen Betrag zu entrichten habe, welcher für die intabulirte Forderung vom Cessionar gezahlt wurde, nicht unwichtige Argumente geltend machen. Im Allgemeinen scheint die Festsetzung, daß ein Cessus, der die Forderung bereits getilgt hat, dieselbe noch-

---

*) Siehe Stubenrauch's Com., III. Bd., S. 629.

**) „Der Uebertrager haftet dem Uebernehmer nie für mehr, als er von dem Uebernehmer erhalten hat.“ (§. 1397.)

mals zahlen solle, gegen alle Rechtsgrundsätze zu verstoßen. Wenn er jedoch hiezu durch das Gesetz (§. 1443) gleichwohl verpflichtet wird, so geschieht dieses, wie wir eben dargestellt haben, vornehmlich deßhalb, damit die redlichen Erwerber, welche im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher eine Forderung an sich brachten, nicht zu Schaden kommen. Einen wirklichen Schaden würde aber der Uebernehmer nur dann erleiden, wenn ihm nicht einmal der für die Abtretung der Forderung gezahlte Betrag zu ersetzen wäre.

Indessen dürfte die obige Ansicht, daß der Uebernehmer einer intabulirten Forderung die ganze Forderung ansprechen dürfe, wenngleich er dieselbe unentgeltlich überkommen hätte, die richtigere sein. Denn, vor Allem wird im §. 469 des a. b. G. B. die allgemeine Regel aufgestellt, daß ein Hypothekargut so lange verhaftet bleibt, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist, und zwar ohne Unterschied, um welchen Preis diese Forderung von einem Dritten an sich gebracht wurde. Es kann überhaupt nicht gesagt werden, daß die Auferlegung der Verpflichtung, eine bereits gezahlte Schuld nochmals zu zahlen, gegen alle Rechtsgrundsätze verstoße.

Wir begegnen im a. b. G. B. mannigfachen Bestimmungen, welche zur wiederholten Zahlung verpflichten. So ordnet der §. 1424 des a. b. G. B. an: „Was Jemand an eine Person gezahlt hat, die ihr Vermögen nicht selbst verwalten darf, ist er insoweit wieder zu zahlen verbunden, als das Bezahlte nicht wirklich vorhanden, oder zum Nutzen des Empfängers verwendet worden ist."

So gibt es viele andere Bestimmungen im Gesetze, nach welchen Jemand zu einer Zahlung verpflichtet wird, zu der er ohne unterlaufenes Verschulden nicht verhalten werden könnte. Wo demnach irgend ein Verschulden eintritt, dort ist allerdings die Verpflichtung zur Zahlung im Einklange mit den Rechtsgrundsätzen. Ein derlei Verschulden tritt in der Regel in den Fällen der §§. 469 und 1443 des a. b. G. B. ein.

Hat der Cessus ungeachtet der geleisteten Zahlung, oder ungeachtet der eingetretenen Compensation, die Forderung nicht extabuliren, oder die Gegenforderung nach der Analogie des Hfd. vom 29. August 1818 nicht anmerken lassen, so ließ er sich eine auffallende Sorglosigkeit zu Schulden kommen.

Er hat sonach dem Cessionar in Gemäßheit des §. 1324 des a. b. G. B. volle Genugthuung zu leisten, und sofort alles dasjenige zu ersetzen, was der Cessionar im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher

an sich brachte, d. i. die ganze abgetretene Forderung, und nicht bloß den Betrag, den der Cessionar für die Abtretung entrichtete, worin eben der Unterschied der bloßen Schadloshaltung und der vollen Genugthuung liegt.

Unsere Ansicht, daß der Cessus die volle Genugthuung zu leisten habe, steht sonach in jenen Fällen, in welchen ihm eine auffallende Sorglosigkeit zur Last fällt, keineswegs im Widerspruche mit den Grundsätzen über die Verpflichtung zum Schadenersatze. Fällt aber dem Cessus gar kein Beschulden zur Last, dann würde er allerdings nach den bezüglich des Schadenersatzes geltenden Grundsätzen weder zur vollen Genugthuung, noch auch zur eigentlichen Schadloshaltung verpflichtet sein. Gleichwohl sind wir des Erachtens, daß der Uebernehmer der Forderung die ganze Forderung erwerbe. Hat sonach der Cedent die Einverleibung einer fingirten Forderung auf Grund einer verfälschten Urkunde erschlichen und diese sogleich dem Cessionar abgetreten, so wäre der Cessus nach den Grundsätzen über die Schadloshaltung zu keiner Haftung zu verhalten, weil bezüglich seiner nicht das mindeste Verschulden eintritt, indem den Eigenthümern verbücherter Realitäten doch nicht die Verpflichtung auferlegt werden kann, die öffentlichen Bücher täglich, ja stündlich einzusehen.

Mag immerhin die Betrachtung, daß Derjenige, welcher die Extabulation nicht bewirkte, in der Regel im Verschulden ist, die ihm auferlegte Haftung rechtfertigen, so dürfte doch vor Allem das Bestreben, Diejenigen, welche im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelten, vor Schaden zu bewahren, den Anordnungen des §. 469 und 1443 des a. b. G. B. zu Grunde liegen. Thatsächlich findet diese Haftung nicht bloß im Falle eines eingetretenen Verschuldens statt, denn der Ausspruch des Gesetzes lautet insbesondere im §. 469 des a. b. G. B. allgemein: die Hypothek bleibt haftend, gleichviel ob ein Verschulden Desjenigen, gegen den die Hypothek wirken soll, eintrat oder nicht. Eben so wenig unterscheidet das Gesetz, ob der Erwerber die Hypothek unentgeltlich oder entgeltlich, und zwar um einen gleichen oder geringeren Betrag an sich brachte.

Ueberhaupt tritt hier keine persönliche Haftung des Schuldners ein, bei welcher in Erwägung zu ziehen wäre, ob und in wiefern er im Verschulden ist, sondern die Sache, die Hypothek wird als haftend erklärt; wobei es nur darauf ankommt, ob die Forderung als solche in den Büchern erscheint, nicht aber darauf, ob sie thatsächlich besteht, ob sie überhaupt jemals bestanden habe, oder nicht.

§. 53.

Auch Dienstbarkeiten bestehen in so lange, als sie in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheinen.

Daß eine bereits aufgehobene Dienstbarkeit dem neuen Eigenthümer des herrschenden Gutes nicht streitig gemacht werden könne, wenn sie im Grundbuche noch nicht gelöscht wurde, er also im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher die Dienstbarkeit als vermeintlich noch bestehend an sich brachte, ist aus der Vorschrift des §. 526 des a. b. G. B. zu ersehen: „Wenn das Eigenthum des dienstbaren und des herrschenden Grundes in Einer Person vereiniget wird, hört die Dienstbarkeit von selbst auf. Wird aber in der Folge Einer dieser vereinigten Gründe wieder veräußert, ohne daß inzwischen in den öffentlichen Büchern die Dienstbarkeit gelöscht worden, so ist der neue Besitzer des herrschenden Grundes befugt, die Servitut auszuüben."

Zweiter Abschnitt.

Rechtswirkungen der Einverleibung eines Pfandrechtes im Falle der Veräußerung der verpfändeten Realität.

§. 54.

I. Rechte und Verbindlichkeiten des Uebernehmers einer Realität, auf welcher Schuldforderungen eingetragen sind.

Mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen werden auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen. (§. 443 des a. b. G. B.)

Jene Lasten also, Forderungen und Ansprüche, die im öffentlichen Buche eingetragen erscheinen, gehen außer dem Falle eines besonderen Uebereinkommens, auf jeden Besitzer über, weil dieses schon aus der Natur eines dinglichen Rechtes folgt, und durch die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches, welches jedem neuen Erwerber die auf der Sache haftenden Lasten bekannt macht, vollkommen gerechtfertiget wird.

Diese bezogene Gesetzesstelle macht nur von den in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten Erwähnung, während es doch keinem Zweifel unterliegt, daß der Uebernehmer eines unbeweglichen Gutes auch solche Lasten, welche nach anderweitigen Gesetzen mit dem

Besitze unbeweglicher Sachen verbunden sind, z. B. die Verpflichtung Steuer zu zahlen, wenngleich diese Verpflichtung in den öffentlichen Büchern nicht vorgemerkt erscheint, so wie alle Forderungen, für welche ein gesetzliches Pfandrecht eingeräumt wird, übernehmen. Eine ignorantia, daß Lasten auf dem Gute haften, denen ein gesetzliches Pfandrecht eingeräumt wurde, wäre eine ignorantia legis, mit der sich Niemand entschuldigen kann.

Wie wir bereits nachgewiesen haben, wird die außerbücherliche Wissenschaft der Kenntnißnahme aus den öffentlichen Büchern ganz gleichgestellt. Der neue Erwerber der Realität übernimmt daher auch andere Lasten, z. B. Servituten, von deren Bestande er außerbücherlich Kenntniß erlangte, wenngleich die Servitut in dem öffentlichen Buche noch nicht eingetragen wäre *).

§. 55.

Hat der neue Uebernehmer der Realität an die Stelle des früheren Besitzers als Schuldner zu treten, sonach die intabulirten Forderungen der Art zu übernehmen, daß der frühere Besitzer gänzlich befreit wird, und nunmehr der neue Eigenthümer auch als Personalschuldner erscheint und mit seinem übrigen Vermögen für die Schuld zu haften habe?

Aus der Festsetzung des bezogenen §. 443 des a. b. G. B.: „Andere Forderungen und Ansprüche, die Jemand an den vorigen Eigenthümer hat, gehen nicht auf den neuen Erwerber über" — könnte der Schluß gezogen werden, daß die intabulirten Forderungen der neue Erwerber zu übernehmen habe; daß sonach der frühere Eigenthümer von seiner Verpflichtung ganz entbunden werde, und der neue Erwerber fortan allein als Schuldner anzusehen und daher nicht nur Realsondern auch Personalschuldner werde, daher für die intabulirte Post auch mit seinem sonstigen Vermögen zu haften habe.

Dagegen geben andere gesetzliche Bestimmungen darüber Aufschluß, daß a) der persönliche Schuldner durch die Ueberlassung des verpfändeten Gutes nicht aufhöre, persönlicher Schuldner zu sein; daß b) der Uebernehmer der Hypothek nur ad vires hypothecae dafür zu haften habe. Insbesondere erhellet dies aus der Festsetzung des §. 466 des a. b. G. B., nach welcher ungeachtet des Ueberganges der verpfändeten Sache an eine dritte Person, der Gläubiger sein persön-

*) Die Festsetzung des §. 443 des a. b. G. B. erscheint demnach ganz unvollständig.

liches Recht gegen den Schuldner geltend machen und seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache suchen kann.

Aus dieser Gesetzesstelle wird es klar, daß der Schuldner ungeachtet der Veräußerung der verpfändeten Sache nicht aufhöre, persönlich verpflichtet zu sein, und daß der neue Besitzer der Hypothek nur aus dieser die Schuld zu zahlen habe, sonst aber mit seinem übrigen Vermögen für die Schuld nicht hafte.

Der Uebernehmer der Realität könnte überdies meines Dafürhaltens nach den Bestimmungen des a. b. G. B. §. 466 nur subsidiarisch belangt werden, wenn der persönliche Schuldner auf die gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung nicht zahlte, während es gegenwärtig, wie wir bei der Erläuterung der M. Vdg. vom 19. Sept. 1860 R. G. B. Nr. 212, erörtern werden, unzweifelhaft ist, daß es dem Gläubiger frei stehe, sogleich gegen den neuen Besitzer der Realität die Klage zu überreichen.

§. 56.

Inwiefern hat der Uebernehmer der verpfändeten Realität auch mit seinem übrigen Vermögen (persönlich) für die auf dem übernommenen Gute verbücherten Lasten zu haften?

Hier ist vor Allem zu unterscheiden, ob der neue Erwerber titulo singulari oder universali die Sache überkommen habe.

Im ersteren Falle kann der neue Uebernehmer in Folge eines Uebereinkommens mit dem Betheiligten nicht nur, insofern der Kaufschilling ausreicht, sondern gänzlich an die Stelle des früheren Schuldners der Art treten, daß der frühere Eigenthümer von aller weiteren Verpflichtung entbunden wird, oder es kann der frühere Eigenthümer subsidiarisch verpflichtet bleiben.

Im zweiten Falle ist zu unterscheiden, ob der Erbe mit oder ohne die Wohlthat des Inventars die Erbschaft angetreten habe, und ob er überhaupt verpflichtet werden könne, die Gläubiger des Erblassers auch aus dem eigenen Vermögen zu befriedigen. Ist dies letztere nicht der Fall, so haben die auf dem Gute intabulirten Gläubiger zwar allerdings das Recht, ihre Befriedigung auch aus anderen Verlaßsachen zu suchen, auf das eigene Vermögen des Erben dürfen sie aber nicht greifen.

§. 57.

Rechte und Verbindlichkeiten des Uebernehmers, wenn ihm die belastete Realität vermacht wurde.

Streitig ist unter den Rechtsgelehrten, ob im Falle eine verpfändete Sache vermacht wird, der Legatar, welcher das Vermächtniß an-

nimmt, auch mit seinem übrigen Vermögen — wenn der Werth des Vermächtnisses nicht ausreicht — dem intabulirten Gläubiger verpflichtet sei?

Diejenigen, welche die Festsetzungen des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches nach den Bestimmungen des römischen Rechts zu erklären suchen, werden die obige Frage verneinend beantworten und sich auf das Fr. 114 §. 3 Dig. de legat. I. (30), dann §. 3 Inst. de sing. reb. (2. 24.) berufen: — placet non plus posse rogari restituere, quam quantum ei relictum esset. — Hoc solum observandum est, ne plus quisquam alicui rogetur restituere quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est inutiliter relinquitur. Hier frägt es sich aber nicht, welche diesfälligen Bestimmungen das römische Recht enthalte, sondern was zufolge der Festsetzungen des österreichischen a. b. G. B. Rechtens sei.

Professor Dr. Schuster stellt die Behauptung auf: *) „Wenn Jemanden ein Grundstück vermacht wird, worauf Pfandschulden haften, und der Legatar das Vermächtniß annimmt, so werde er die darauf haftenden Schulden, obgleich von denselben keine Erwähnung geschah, dennoch mit der Folge zu tilgen haben, daß er die Erben gegen die auf dem Vermächtnisse haftenden Gläubiger klaglos zu stellen verpflichtet sein werde, daher, wenn dieselben sich dennoch an den Erben halten sollten, wozu sie allerdings berechtigt bleiben, der Legatar dem Erben zur Gewährleistung verpflichtet sein werde. Dr. Schuster stützt seine Behauptung auf folgende Gesetzesstellen:

§. 662 des a. b. G. B. „Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten,“ und zwar, da der Paragraph nicht unterscheidet, selbst dann, wenn die Lasten den Werth der vermachten Sache übersteigen.“

§. 650. „Ein Legatar kann sich von der vollständigen Erfüllung des ihm aufgetragenen Vermächtnisses aus dem Grunde, daß es den Werth des ihm zugedachten Legates übersteigt, nicht entschlagen.“ §. 686 „der Legatar trägt alle auf dem Legate haftenden Lasten, selbst den Verlust, wenn es ohne Verschulden eines Anderen vermindert würde oder gänzlich zu Grunde geht.“ **)

---

*) In wiefern der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstückes den Hypothekargläubigern verpflichtet sei (Wien 1830).

**) Diese Ansicht wurde bereits vom Recensenten der obbezogenen Abhandlung Dr. Raule (Zeitschrift für österreichische Rechtsg. Jahrg. 1830 Bd. 3 S. 496.)

Erwägt man jedoch, daß die Festsetzung des §. 686: „Er trägt jedoch alle auf dem Legate haftenden Lasten," und die Bestimmung des §. 662: „Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten," nichts anderes sind, als eine Wiederholung des im §. 443 des a. b. G. B. aufgestellten Grundsatzes: „Mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen werden auch die darauf haftenden in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen;" erwägt man weiters, daß die Regel des §. 466 des a. b. G. B., nach welcher der Uebernehmer der Realität für die intabulirte Schuld nur mit der verpfändeten Sache haftet, allgemein lautet, ohne einen Unterschied zu machen, durch welchen Titel das Eigenthum geändert wurde: so gelangt man wohl leicht zu der

---

treffend, nachstehends widerlegt: Dem Erben räumt das Gesetz die Begünstigung ein, sich zur Verlassenschaft entweder unbedingt, oder mit der Rechtswohlthat des Inventars erbszuerklären. Im letzten Falle haftet der Erbe den Verlassenschaftsgläubigern nicht ultra vires haereditatis. Soll wohl der Legatar ultra vires legati die auf dem Legate haftenden Schulden zu tilgen verpflichtet sein? Der Legatar unterscheidet sich doch von einem Erben wesentlich nur darin, daß Dieser als ein successor universalis, Jener aber als ein successor particularis anzusehen ist. Schon diese Betrachtung muß billig die Frage veranlassen, ob denn eine solche Härte, wie sie Dr. Schuster vertheidiget, wirklich im Gesetze gegründet sei. Der Schlußsatz des §. 650 des a. b. G. B. lautet: „Nimmt er (der Legatar) das Legat nicht an, so muß Derjenige, dem es zufällt, den Auftrag übernehmen, oder das ihm zugefallene Vermächtniß den darauf gewiesenen Vermächtnißnehmern überlassen." Wem also das vom Legatar ausgeschlagene Legat zufällt, hat dem weiteren Legatar für das aufgetragene Vermächtniß nicht persönlich zu haften, weil der Legatar auf das Vermächtniß angewiesen, somit kein persönlicher Gläubiger desselben ist. Es hätte daher der Hr. Verfasser zu beweisen, daß der erste Legatar im Falle der Annahme des mit einem weiteren Vermächtnisse beschwerten Legates nach dem Gesetze härter zu behandeln ist, als Jener, welcher nach Ausschlagung des Legates dessen Stelle vertritt. Der §. 662 sagt nichts Anderes, als daß Derjenige, welchem an der legirten Sache ein dingliches Recht zusteht, dieses Recht ungeachtet des veränderten Besitzers gegen den neuen Besitzer der Sache auszuüben berechtiget sei, woraus auf eine persönliche Verpflichtung des neuen Besitzers gegen den dinglich Berechtigten nicht geschlossen werden kann.

Der §. 685 führt als den größten Nachtheil, welcher den Legatar rücksichtlich der legirten Sache treffen kann, den Verlust des Legates an, woraus folgt, daß dem Hypothekargläubiger zwar die vermachte Sache nach ihrem ganzen Werthe verhaftet sei, nicht aber, daß ihm der Legatar persönlich ultra vires legati zu haften habe. Alle die von dem Hrn. Verfasser als Grundlagen seines Beweises citirten Gesetzesstellen sprechen daher in Ansehung der belasteten Legate nichts Anderes aus, als was in dem §. 466 des a. b. G. B. in Rücksicht auf verpfändete Sachen im Allgemeinen verordnet ist."

Ueberzeugung, daß die Gesetzgebung auch bezüglich der Legatare keine andere Bestimmung treffen wollte. Hiemit will aber nicht gesagt werden, daß der Erblasser die persönliche Verpflichtung zur Bezahlung der intabulirten Schuld dem Legatar nicht auferlegen könne. Dies kann unzweifelhaft geschehen; nur müßte diese Absicht des Erblassers aus der letztwilligen Anordnung klar hervorleuchten. Die Anordnung, daß der Legatar eine Realität übernehme, enthält aber noch keineswegs implicite den Auftrag, daß er für die intabulirten Schulden auch mit seinem übrigen Vermögen zu haften habe. Wird jedoch bei der Ueberlassung einer Realität dem Legatar aufgetragen, daß er die Schulden, selbst wenn die Hypothek nicht ausreichen würde, zu zahlen habe, so findet die Anordnung des §. 650 des a. b. G. B. volle Anwendung, und der Legatar hat nur die Wahl, den Auftrag zu erfüllen oder auf das Legat zu verzichten *). Gesetzt der Erblasser vermacht dem Legatar zwei Realitäten Nr. 15 im Werthe von 10,000 fl. lastenfrei und Nr. 16 im Werthe von 5000 fl., auf welcher jedoch Forderungen im Betrage 6000 fl. verbüchert sind, und trägt dem Legatar Zahlung dieser 6000 fl. auf. Hier wird es wohl unzweifelhaft sein, daß der Legatar, falls er das Legat annimmt, nicht bloß 5000 fl. sondern 6000 fl. also ultra vires hipothecae zu zahlen habe. Hätte aber der Erblasser lediglich erklärt: „Ich vermache meine Häuser Nr. 15 und 16 dem X., so hat X. allerdings auch die auf dem Hause Nr. 16 verbücherte Forderung, jedoch nur ad vires hypothecae, d. i. 5000 fl. zu entrichten, weil das Vermächtniß einer Sache keineswegs stillschweigend den Auftrag enthält, die hypothecirten Schulden ohne Unterschied, ob die Hypothek zu deren Befriedigung ausreicht oder nicht, zu übernehmen.

§. 58.

Rechte und Verpflichtungen des Uebernehmers, wenn ihm die belastete Realität geschenkt wurde.

Professor Dr. Schuster stellt weiters in der bezogenen Abhandlung die Behauptung auf, daß auch in dem Falle, wenn die Realität einem Dritten geschenkt wird, der Beschenkte für die darauf haftenden Lasten, sobald er die Schenkung annahm, persönlich verpflichtet sei. Diese Ansicht stützt er jedoch zumeist auf die obige bereits widerlegte Behauptung, daß auch Legatare für die Lasten mit ihrem sonstigen

*) Es versteht sich von selbst, daß ein derlei Auftrag des Erblassers dem Gläubiger das Recht nicht benehmen könne, gegen den Erben das persönliche Recht fortan geltend zu machen, nur hätte der Erbe einen Regreß gegen den Legatar.

Vermögen verpflichtet sind, und zwischen Legataren und Beschenkten nur der Unterschied eintritt, daß Letzterer durch eine Handlung unter Lebenden, Ersterer aber durch eine Handlung auf den Todesfall das Geschenk erhält.

Zur Widerlegung dieser Ansicht berufe ich mich wieder auf die Festsetzung des §. 466 des a. b. G. B., nach welcher bei Veräußerungen der Hypothek, gleichviel, ob inter vivos oder mortis causa, ob titulo oneroso oder lucrativo, der neue Erwerber nur ad vires hypothecae für die verbücherten Schulden zu haften hat. Nur ein besonderes Uebereinkommen könnte dem Uebernehmer eine größere Verpflichtung aufbürden, als ihm nach dem Gesetze auferlegt wird. Es müßte daher bei der Schenkung die Uebertragung der persönlichen Verpflichtung auf den Beschenkten besonders bedungen worden sein *).

§. 59.

I. Rechte und Verbindlichkeiten eines intabulirten Gläubigers im Falle der Veräußerung eines Pfandgutes.

Das dem Gläubiger ertheilte Pfandrecht räumt ihm keineswegs das Befugniß ein, sich der Veräußerung zu widersetzen, dagegen bringt eine Veränderung des Besitzes an den Rechten des Gläubigers durchaus keine Aenderung hervor. Es kann sonach der intabulirte Gläubiger nicht gezwungen werden, sich die Bezahlung der Forderung aufdringen zu lassen, wenn dieselbe noch nicht fällig ist, d. i. wenn der Zeitpunkt noch nicht erschienen ist, bis zu welchem das Darlehen gegeben wurde, oder wenn der Darleiher sich eine vorläufige Aufkündigung ausbedungen hat, und diese nicht erfolgte. Nur im Falle einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung muß sich der Gläubiger nach der Analogie des §. 1121 des a. b. G. B. auch vor der Verfallszeit und ohne alle vorläufige Aufkündigung die Bezahlung und sofortige Löschung der Hypothek gefallen lassen, welche Löschung selbst dann zu

*) Dr. Raule bemerkt in der bezogenen Recension S. 497: „Es ist zwar richtig, daß der Geschenkgeber dem Beschenkten zur Gewährleistung nicht verpflichtet sei; aber hieraus folge keineswegs, daß Letzterer durch die Uebernahme der geschenkten Sache sich verbände, den Ersteren von den auf der geschenkten Sache haftenden Schulden zu befreien. Die Schenkung ist ja ein einseitig verbindlicher Vertrag, worin nur Ein Theil etwas verspricht und der Andere es annimmt; der Beschenkte übernimmt daher aus der Schenkung keine Verpflichtung, somit auch nicht die Pflicht, den Geschenkgeber von den, auf der geschenkten Sache haftenden Schulden zu befreien; ja hätte er eine derlei Verbindlichkeit übernommen, so würde auch nach §. 942 des a. b. G. B. keine wahre Schenkung im Ganzen entstanden sein."

erfolgen hat, wenn der erzielte Kaufschilling zur Befriedigung seiner Forderung nicht ausreichen würde; zumal dem Gläubiger nach §. 462 des a. b. G. B., um ihn vor jedem Nachtheile zu bewahren, das Recht eingeräumt wird, die Forderung, wegen welcher die Feilbietung angesucht worden, einzulösen. Der Gläubiger ist auch nicht berechtiget, wegen der geschehenen Veräußerung eine noch nicht verfallene Schuld einzuklagen.

In wiefern der Gläubiger sein persönliches Recht gegen den Schuldner und gegen den Uebernehmer der verpfändeten Realität geltend machen könne, wird bei der Erläuterung der J. M. Vgd. v. 19. Sept. 1860, Nr. 212 des R. G. B. erörtert werden.

Daß der Gläubiger, wenn er aus der veräußerten Hypothek nicht befriediget wurde, sich an den persönlich verpflichteten Schuldner zu halten und von diesem den Restbetrag zu fordern habe, erhellet aus der Bestimmung des §. 464 des a. b. G. B. — Es frägt sich aber insbesondere, welche Wirkungen ein zwischen Verkäufer und Käufer getroffenes Uebereinkommen auf den Gläubiger äußern könne.

Im Allgemeinen hat es seine Richtigkeit, daß Verträge nur unter den Contrahenten von verbindender Kraft sind. Wenn also nach dem Gesetze der Gläubiger berechtiget ist, entweder sein persönliches Recht gegen den Verkäufer geltend zu machen, oder aber sich lediglich an die Hypothek zu halten; so kann er, wenngleich zwischen Käufer und Verkäufer verabredet wurde, daß der Käufer alle verbücherten Schulden zu übernehmen habe und der Verkäufer zu keiner Zahlung verpflichtet sei, nicht gehindert werden, sein persönliches Recht gegen den Verkäufer geltend zu machen; ebensowenig wäre er aber berechtiget, jure personali den Käufer zu belangen, wenngleich derselbe dem Verkäufer gegenüber sich verpflichtet hätte, die gesammte intabulirte Schuld auch aus eigenem Vermögen zu bezahlen.

Würde der Gläubiger sich gleichwohl auf den zwischen Käufer und Verkäufer abgeschlossenen Vertrag stützend, die volle Befriedigung über den Kaufschilling der Hypothek vom Käufer fordern, so müßte er schlechtweg abgewiesen werden. Eben so müßte, wenn der Gläubiger seine Forderung gegen den Verkäufer einklagt, derselbe zur Zahlung verurtheilt werden, wenngleich er einen mit dem Käufer abgeschlossenen Vertrag vorzuweisen vermöchte, kraft dessen der Käufer den Verkäufer von der Zahlungsverbindlichkeit entbunden, und alle Schulden übernommen hat.

Ein Uebereinkommen des Käufers mit dem Verkäufer, zufolge dessen der Verkäufer von aller persönlichen Haftung freigelassen wird, hat jedoch die Folge, daß sowohl der Gläubiger schuldig ist, die ihm vom Käufer mit Einwilligung des Schuldners angebotene Zahlung anzunehmen (§. 1422 des a. b. G. B.), als auch der vom Gläubiger belangte Käufer, im Falle der Verkäufer die Assignation dem Gläubiger bekannt gab, verpflichtet ist, demselben die Zahlung zu leisten (§§. 1019 und 1403 des a. b. G. B.).

Der Verkäufer wird aber von aller Haftung gegen den Gläubiger nur dann befreit, wenn der Gläubiger den Käufer als Alleinzahler anzunehmen sich ausdrücklich oder stillschweigend dadurch erklärt, daß er seinem bisherigen Schuldner quittirt, oder ihm die Schuldurkunde ausgehändigt hat (§. 1407 des a. b. G. B.).

Ist vom Verkäufer die Assignation des Käufers dem Gläubiger zwar bekannt gegeben, aber von diesem noch nicht angenommen worden, so kann der Verkäufer die Assignation widerrufen. Eine vollständige, alle drei Parteien bindende Assignation kömmt nur durch das Einverständniß aller Paciscenten zu Stande, in welchem Falle nach §. 1406 des a. b. G. B. der Schuldner, wenn der Käufer die Zahlung gleichwohl nicht leistet, nur unter denselben Beschränkungen dem Gläubiger zu haften hat, unter welchen nach §§. 1397 und 1399 des a. b. G. B. dem Cedenten für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung die Haftung obliegt, es sei denn, daß der Gläubiger den Käufer als Alleinzahler anzunehmen sich ausdrücklich oder stillschweigend erklärte (§. 1407).

§. 60.

III. Erläuterung der Verordnung des Justiz-Ministeriums vom 19. Sept. 1860, Nr. 212 R. G. B.

Die Verordnung des Justiz-Ministeriums vom 19. Sept. 1860, Nr. 212 des R. G. B., setzt im §. 1 fest:

Der Hypothekargläubiger kann seine Forderung gerichtlich nur mittelst Klage geltend machen.

Dieser Absatz enthält eine Erläuterung der Festsetzung des §. 461 des a. b. G. B. Denn in diesem Paragraph wird gesagt: „Wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriediget, so ist er befugt, die Feilbietung des Pfandes gerichtlich zu verlangen.“

Dieses Recht, aus der Sache sich zahlhaft zu machen, bildet den wesentlichen Inhalt des Pfandrechtes. Das Pfandrecht ist nämlich

das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen (§. 447).

Wie diese Befriedigung erlangt werden soll, ob nämlich der Gläubiger die verpfändete Sache selbst veräußern dürfe, oder ob eine Licitation abzuhalten, ob diese gerichtlich oder außergerichtlich vorzunehmen sei, bestimmen die §§. 1371 und 461 des a. b. G. B.

Zufolge des §. 1371 darf der Gläubiger das Pfand nicht selbst nach Willkür veräußern, aber auch der Versteigerung darf er sie nicht selbst unterziehen, sondern er hat nach §. 461 die Feilbietung gerichtlich zu verlangen. Es scheint sonach, daß die Gesetzgebung im §. 461 nur aussprechen wollte, daß eine private Versteigerung unzulässig sei.

Wie das Verlangen um die Feilbietung beschaffen sein müsse, um demselben zu willfahren, bestimmt der §. 461 nicht, sondern bezieht sich diesfalls auf die Vorschrift der Gerichtsordnung, indem es im bezogenen Paragraph weiter heißt: „Das Gericht hat dabei nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren."

Einige Rechtsgelehrte beziehen jedoch diese Verweisung auf die Gerichtsordnung nur auf das Verfahren bei der Versteigerung, nicht aber auch auf die Erfordernisse, welche zur Bewilligung einer Feilbietung in der Gerichtsordnung vorgezeichnet werden, und sind des Erachtens, daß es nach §. 461 zur Bewirkung der gerichtlichen Feilbietung genüge, wenn der Pfandgläubiger, welcher nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriediget wurde, die Feilbietung verlangt. Sie sind des Erachtens, daß die Bewilligung zur Feilbietung schon in Gemäßheit der Anordnung des §. 461 ertheilt werden müsse, und daß es hiezu keiner förmlichen Klage, sondern bloß eines simplen Gesuches bedarf. Nach dem Wortlaute des §. 461 hat jedoch nur derjenige Pfandgläubiger, welcher nach Verlauf der bestimmten Frist nicht befriediget worden ist, das Recht, die Feilbietung zu fordern. Es muß demnach, bevor die Feilbietung bewilliget wird, jedenfalls erwiesen sein, daß die Bedingung der Willfahrung eingetroffen ist, nämlich die Befriedigung nach Verlauf der bestimmten Frist nicht erfolgte. Dies ist aber aus dem Feilbietungsgesuche nicht zu ersehen, sonach muß dasselbe dem Gegentheil mitgetheilt werden, welcher mannigfache Einwendungen, non numeratæ pecuniæ, solutionis, compensationis u. dgl. entgegnen kann.

Hierüber wird der Gläubiger und sofort der Schuldner zu hören,

sonach wie über jede andere Klage ein ordentliches Verfahren einzuleiten sein.

Es dürfte daher schon aus der Anordnung des §. 461, was in der obigen Ministerial-Verordnung ausdrücklich festgesetzt wird, zu ersehen sein, daß das Feilbietungsgesuch eine förmliche Klage sein müsse. Gleichwohl wurde der §. 461 verschiedenartig ausgelegt, weßhalb, um jeden Zweifel zu beheben, in der obigen M. V. ausdrücklich angeordnet wurde, daß der Hypothekargläubiger seine Forderung gerichtlich nur mittelst Klage geltend machen könne.

Insbesondere hat Dr. Franz Ritter v. Minasiavicz *) die Behauptung aufgestellt, daß der Pfandgläubiger vor der wirklichen Ausübung des Pfandrechtes zur vorläufigen Liquidirung der versicherten Forderung nicht verhalten werden könne, sondern berechtiget sei, bei der Verfallzeit derselben sogleich die Schätzung und Feilbietung der verpfändeten Sache, und zwar mittelst eines einfachen Gesuches, zu begehren, welches in der Regel sogar ohne vorläufige Vernehmung der Gegenpartei bewilliget werden müsse. Welche Ansicht in der Folge näher dahin entwickelt wurde, daß die fragliche Procedur nur dann Platz greife, wenn die Verfallszeit der Forderung völlig bestimmt, also weder bedingt, noch sonst dergestalt unbestimmt ist, daß dieselbe nur durch Vernehmung beider Theile zur völligen Bestimmtheit gebracht werden kann; wenn ferner diese bestimmte Verfallzeit der Forderung bei der Intabulirung der Forderung im Passivstande des Pfandgutes im Hauptbuche ausgedrückt erscheint, und der Pfandgläubiger seinem Gesuche einen Tabularextract beigelegt hat, aus welchem sein wirklicher Besitz des Pfandrechtes, das Quantum seiner Forderung, und die Verfallzeit derselben erhellet; daß dagegen in allen Fällen, in welchen entweder das Quantum der Forderung, oder die Verfallzeit nicht völlig bestimmt erscheint, zwar eine vorläufige Vernehmung des Schuldners erforderlich sei, ohne daß sich jedoch hieraus die Nothwendigkeit einer Klage und eines gegen den Schuldner anzustrengenden Processes von Seite des Gläubigers herleiten ließe, sondern daß es auch hier genüge, wenn nur über die im Schätzungsgesuche geschehenen Angaben des Gläubigers der Schuldner, ohne einen förmlichen Proceß einzuleiten, vernommen und hierüber durch einen Bescheid entschieden würde.

Dr. v. Minasiavicz stützt seine Behauptung vornehmlich darauf,

---

*) Oesterr. Zeitschrift 1835, II. S. 369, 1837, I. S. 187, und II. S. 159. 1839, I. S. 282.

daß der Besitzer eines Pfandrechtes nach §§. 323 und 324 des a. b. G. B. die Vermuthung eines giltigen Titels für sich habe, und nach Hfd. v. 29. Aug. 1818, Nr. 1488, §. 4, Derjenige, welcher die Giltigkeit einer den öffentlichen Büchern einverleibten Urkunde bestreiten will, eine ordentliche Klage auf Löschung der Urkunde überreichen, folglich die Ungiltigkeit derselben erweisen müsse. Da nun zufolge des §. 449 des a. b. G. B. der Rechtstitel zur Hypothek nichts anderes, als eine giltige Forderung sein kann, so liege es in der Natur der Sache, daß bei einer Hypothekarklage, die lediglich die Realisirung des Pfandrechtes bezweckt, die dem Pfandrechte zu Grunde liegende Forderung nicht liquidirt werden müsse, weil sonst der Gläubiger gegen die klare Vorschrift der §§. 323, 324 verhalten würde, den Rechtstitel seines Hypothekarbesitzes zu beweisen.

Dagegen kann jedoch nicht unbemerkt gelassen werden, daß Diejenigen, welche behaupten, der Gläubiger müsse mit einer Klage auftreten, wenn er sein Hypothekarrecht geltend machen will, ihm deßhalb die Beweiseslast über alle seine Behauptungen keineswegs auferlegen wollen. Ist es doch unzweifelhaft, daß nicht geradezu der Kläger, sondern Derjenige, der eine Thatsache anführt, worauf er sein Recht stützt, oder womit er die Behauptung des Gegners zu entkräften sucht, hierüber, er mag Kläger oder Belangter sein, den Beweis zu führen habe.

Will nun Jemand im Grunde einer bereits fälligen Forderung sich aus der Hypothek zahlbar machen, so braucht er allerdings keinen weiteren Beweis zu führen, wenn aus den beigelegten Urkunden bereits erwiesen vorliegt, daß er ein Darlehen vorgeschossen, daß die Forderung bereits fällig sei, woraus aber noch keineswegs folgt, daß er mittelst eines einfachen Gesuches gleich die Execution fordern könne, und von der Ueberreichung einer Klage entbunden sei.

Die ganz richtige Annahme, daß der Eigenthümer der Hypothek, wenn er die Giltigkeit anficht und die Löschung anstrebt, als Kläger auftreten müsse, berechtiget noch nicht zu dem Schlusse, daß der Gläubiger nur belangt werden könne, und nie selbst als Kläger auftreten müsse.

Ist irgend ein Schuldschein falsch, oder ist die Forderung ohne Rückstellung des Schuldscheines getilgt, oder das Darlehen ungeachtet des ausgefolgten Schuldscheines nicht vorgestreckt worden, so ist es in allen diesen Fällen unzweifelhaft, daß der angebliche Schuldner, wenn er die Ungiltigkeitserklärung und Ausfolgung des Schuldscheines for-

dert, als Kläger auftreten müsse, woraus aber noch keineswegs folgt, daß, wenn in diesen Fällen der angebliche Gläubiger die Zahlung fordert, er von jeder Klage enthoben sei und nur eine einfache Eingabe zu überreichen habe.

Auch die Festsetzungen der Gerichtsordnung §§. 397, 398, und das Hfd. vom 25. Mai 1839, Z. 16699 entbinden selbst in dem Falle, wenn dem Begehren eine vollen Glauben verdienende Urkunde zu Grunde liegt, keineswegs von der Ueberreichung einer Klage, sondern ermächtigt den Kläger um die Anordnung einer Tagsatzung zu bitten, und in der Klage sogleich das angemessene Begehren um die Bewilligung der Execution zur Ausführung des eingeklagten Rechtes zu stellen.

Dieses, den obigen Abhandlungen des Dr. v. Minasiavicz nachfolgende Hfd. setzt den vom Verfasser besorgten Umtrieben, welche die Verpflichtung, stets vorläufig eine Liquidirungsklage zu überreichen, im Gefolge hätte, ein Ziel, und wahrt eben so die Rechte des Schuldners als des Gläubigers. Die Festsetzung einer Tagsatzung ist deßhalb unerläßlich, weil ungeachtet der vom Kläger vorgebrachten Beweise über die Contrahirung des Darlehens, über den Bestand der Hypothek, Einwendungen möglich sind, durch welche der Nichtbestand oder das gänzliche oder theilweise Aufhören der Forderung erwiesen wird. Erkennt der Geklagte die Forderung ausdrücklich oder stillschweigend an, so hat der Richter sogleich den Geklagten mittelst Bescheides zur Zahlung der eingeklagten Forderung binnen 14 Tagen, bei sonstiger Execution, zu verurtheilen. Werden jedoch Einwendungen vorgebracht, so muß hierüber nach geschlossenem Verfahren vorläufig ein Urtheil erfolgen *).

---

*) Dr. v. Stubenrauch pflichtet gleichfalls der Ansicht Derjenigen bei, welche die Behauptung aufstellen, daß der Pfandgläubiger, wie nunmehr die obige Min. Vdg. festsetzt, jederzeit mit einer Klage auftreten müsse. (Stub. a. B. G. II. Th., S. 84.) Diese Behauptung begründet Dr. v. Stubenrauch nachstehend: „Der §. 461 gestattet dem Gläubiger nach dem Verfalle der Forderung die Feilbietung der verpfändeten Sache zu verlangen, und weis't das Gericht an, dabei nach Vorschrift der G. O. zu verfahren, nicht bloß die Feilbietung nach Vorschrift der Gerichtsordnung vorzunehmen; es ist also offenbar ein Verfahren zwischen Parteien vorausgesetzt, das zufolge der in Frage stehenden Anordnung nach den Bestimmungen der G. O., an denen das b. G. B. gewiß nichts ändern wollte, eingerichtet werden muß. Die G. O. verfügt aber, wenige nicht hierher gehörige Ausnahmsfälle abgerechnet, daß die Execution — und die gerichtliche Feilbietung der gepfändeten Sache ist nichts anderes, als ein Executionsschritt — nur über einen richterlichen Spruch oder gerichtlichen Vertrag („Vergleich") ertheilt werden solle; es muß also

§. 61.

Fortsetzung.

Nachdem wir die in der Verordnung des J. M. v. 19. September 1860, Nr. 212 enthaltene erste Bestimmung, daß der Hypothekargläubiger seine Forderung gerichtlich nur mittelst Klage geltend machen könne, erörterten, und hiebei mannigfache einschlägige Streitfragen zu lösen versuchten, werden nun die übrigen Festsetzungen der obigen J. M. V. angeführt.

Der §. 2 verordnet: „Es steht ihm (dem Hypothekargläubiger) frei, sowohl diese Klage als auch die Aufkündigung, in so ferne von derselben die Fälligkeit der Forderung abhängt, entweder gegen den persönlichen Schuldner, oder gegen den Eigenthümer des Pfandgutes, oder gegen beide gemeinschaftlich zu richten."

Durch diese Anordnung werden mehrere Zweifel behoben, welche über den eigentlichen Sinn der Bestimmung des §. 466 des a. b. G. B. von den Rechtsgelehrten erhoben wurden.

---

um die Feilbietung nach Vorschrift der G. O. durchzuführen, jederzeit ein ordentliches Verfahren, und weil dieses in der Regel nur durch die Klage eingeleitet werden kann, eine ordentliche Klage vorausgehen. In dieser hat nun der Kläger keineswegs den Titel zum Pfandrechte zu beweisen, weil er sich eben im Besitze des Pfandrechtes befindet, und der Besitzer die Vermuthung eines giltigen Titels für sich hat; allein der Titel zum Pfandrechte muß von der durch das Pfand versicherten Forderung wohl unterschieden werden, wie auch aus dem §. 449 erhellet. Diese muß der Gläubiger allerdings erweisen, der sein Pfandrecht ausüben will, da sie den Grund der diesfälligen Klage enthält."

Wie wir oben bemerkten, dürfte die Gesetzgebung im §. 461 nichts anderes haben aussprechen wollen, als daß eine private Feilbietung unzuläßig sei. (Hiebei folgte die Gesetzgebung dem deutschen Rechte, nach welchem die Distraction des Pfandes jederzeit gerichtlich vorgenommen werden muß.)

Doch wenn wir auch der Behauptung des Dr. Minasiavicz beipflichten, daß der §. 461 einen Fall enthält, in welchem der Gläubiger die Feilbietung verlangen darf, und, wenn wir auch der weiteren Behauptung, daß die Berufung der Vorschriften der G. O. sich nur auf das Verfahren bei der Feilbietung beziehe, vollkommen beitreten, so glauben wir doch oben zur Genüge nachgewiesen zu haben, daß die Feilbietung nur unter der Voraussetzung des §. 461 bewilliget werden könne, daß sonach die Richtigkeit der Forderung, die Fälligkeit derselben, die Giltigkeit des Pfandrechtes und die nicht erfolgte Befriedigung des Gläubigers, erwiesen sein müsse, daß daher ein Verfahren vorauszugehen habe, welches nur über eine Klage eingeleitet werden kann. Wer und worüber in diesem Verfahren den Beweis zu führen habe, ist eine weitere Frage, die wir am Schluße dieses Werkes zu lösen versuchen werden.

Dieser §. 466 setzt fest: „Hat der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Andern übertragen, so steht dem Gläubiger frei, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen."

Einige sind nun des Dafürhaltens, a) daß in diesem Paragraph dem Gläubiger die Wahl überlassen wurde, entweder sein persönliches Recht gegen den Schuldner, oder das dingliche Recht gegen den Eigenthümer der verpfändeten Sache geltend zu machen.

b) Andere sind des Erachtens, daß der Gläubiger jedenfalls zuerst sein persönliches Recht gegen den Schuldner liquidiren müsse, und dann seine Befriedigung an der verpfändeten Sache suchen könne.

c) Wieder Andere sind der Ansicht, der Tabulargläubiger müsse sein persönliches Recht gegen den Schuldner ganz ausführen, und erst, wenn er von diesem nicht völlig befriediget wurde, könne er sich hinsichtlich des Fehlenden an den Besitzer der Hypothek halten *).

d) Endlich wurde auch die Ansicht verfochten, daß der Gläubiger sich nur an die verpfändete Sache zu halten habe.

Wir wollen nun diese verschiedenen Ansichten einer eindringlichen Prüfung unterziehen.

§. 62.

I. Hat sich der Gläubiger im Falle der Veräußerung der verpfändeten Sache wegen Einbringung seiner Forderung nur an den Uebernehmer der Hypothek zu halten?

Der ungenannte Verfasser der Abhandlung „über den Sinn und die Anwendung des §. 466 des a. b. G. B." in der Zeitschrift für österr. Rechtsgelehr., 1843, I., S. 261, ist des Dafürhaltens, daß dem Hypothekargläubiger kein Klagerecht gegen den Verpfänder und gewesenen Schuldner, weder auf die Bezahlung der Pfandforderung, noch auf den Ersatz dessen, was daran nach erfolgter Veräußerung des Grundpfandes noch fehlen könnte, aus dem Gesetze (ohne eine ausdrückliche Uebereinkunft der Parteien) gebühre; weil durch die Bestellung einer Hypothek das persönliche Recht des Schuldners als Titel in das Pfandrecht übergehe, mit anderen Worten: die Forderung gegen die Person des Schuldners auf die verpfändete Sache übertragen werde;

*) Dr. Fischer, Handbuch der dilatorischen Einwendungen. Wien, 1825.

so daß durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher das Rechtsverhältniß zwischen dem persönlich berechtigten Gläubiger und dem persönlich verbundenen Schuldner gänzlich aufhört, und an dessen Stelle das dingliche Rechtsverhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner eintritt. Niemand habe bisher daran gezweifelt, daß der Käufer einer unbeweglichen Sache alle darauf haftenden Servituten dergestalt übernehme, daß dem Berechtigten nur die dingliche Klage gegen den neuen Eigenthümer, keineswegs aber eine persönliche Klage gegen den vorigen Besitzer und Servitusbesteller zustehe; warum sollte bezüglich des dinglichen Rechtes der Hypothek etwas anderes Rechtens sein?

Treffend bemerkt Dr. v. Stubenrauch dagegen *): „daß zwischen beiden Fällen allerdings ein wesentlicher Unterschied Platz greift. Eine Dienstbarkeit ist nämlich ohne dienstbare Sache nicht denkbar (§. 472), wohl aber eine Forderung ohne Pfandrecht (§. 447). Die Verpfändung ist nach §. 1343 nur eine Befestigung, nicht eine Umänderung (§. 1376) der Rechte."

Die Bestellung einer Hypothek gehört keineswegs zu den Arten der Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten (§§. 1411—1450), ja die Forderung bleibt aufrecht, wenngleich das Pfandrecht erlischt (§. 467), woraus folgt, daß der Gläubiger ungeachtet des Verkaufes der Hypothek, seine Forderung gegen den persönlichen Schuldner geltend machen könne. Diesem steht nicht im Wege, daß dem Gläubiger bereits eine Hypothek angewiesen wurde, weil nach §. 411 der gal. G. O. dem Gläubiger, ungeachtet seine Forderung mit einem Unterpfande gedeckt wäre, die Wahl bleibt, jene Güter des Schuldners namhaft zu machen, woraus er seine Befriedigung zu erholen Willens ist. Der Hypothekarschuldner wird nicht zugleich persönlicher Schuldner; er übernimmt mit dem Eigenthume des unbeweglichen Gutes zwar alle darauf haftenden Lasten, sonach alle intabulirten Forderungen, aber nur insofern, als sie aus dem Werthe des Gutes befriediget werden können (§. 443). Der Uebergang des verpfändeten Gutes an einen Dritten wird durch ein Rechtsgeschäft zwischen Käufer und Verkäufer bewirkt, und ändert nichts an dem Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner. Eine solche Aenderung kann nur dann eintreten, wenn beim Verkaufe zugleich ein anderes Rechtsgeschäft, eine Assignation statt fand.

---

*) v. Stubenrauch: Das a. b. G. B., II. Th., S. 103.

Durch die Anweisung hört die Verbindlichkeit des Schuldners allerdings dann auf, wenn der neue Eigenthümer, anstatt des Schuldners mit dessen Einverständniß die Schuld bezahlt (§. 1422); ohne Einwilligung des Schuldners kann aber dem Gläubiger vom Käufer der Hypothek die Zahlung nicht aufgedrungen werden (§. 1423); woraus folgt, daß, so lange diese Einwilligung des Schuldners nicht vorliegt, er noch immer als persönlicher Schuldner anzusehen ist. Aber auch ohne Einwilligung des Käufers des verpfändeten Gutes (Assignat), übergeht die Verbindlichkeit des persönlichen Schuldners (Assignanten) nicht auf den neuen Eigenthümer der Hypothek (§. 1403).

Ja selbst in dem Falle, wenn eine vollständige Anweisung zu Stande kam, d. i. wenn in die Assignation alle drei Factoren, Assignant, Assignatar und Assignat willigten (§. 1401), übergeht zwar die ganze Schuld auf den Assignaten, ohne Beschränkung auf den Werth der Hypothek; es haftet aber nach §. 1406 der persönliche Schuldner dem Gläubiger noch immer unter den nämlichen Beschränkungen, unter welchen der Cedent dem Uebernehmer für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung zu haften hat (§§. 1397, 1399).

Nur wenn der Assignatar den Assignaten als Alleinzahler anzunehmen sich ausdrücklich oder stillschweigend dadurch erklärt, daß er seinem bisherigen Schuldner quittirt, oder ihm die Schuldurkunde ausgehändiget hat, so wird der Assignant von aller Haftung gegen ihn befreit (1407).

Aus dem nun Dargestellten erhellet sonach, daß, wenn nebst dem Kaufvertrag kein weiterer Vertrag geschlossen wurde, weder der persönliche Schuldner seiner Verbindlichkeit entbunden wird, noch auch dem Käufer der verpfändeten Sache eine weitere Verpflichtung obliegt, als diese, zu gestatten, daß die Forderung aus dem verpfändeten Gute, wenn der Gläubiger dasselbe der Execution unterziehen würde, und nur insofern der Preis des Gutes nach Abschlag der vorausgehenden Posten ausreicht, bezahlt werde.

Die obige Ministerial-Verordnung widerlegt klar die Ansicht Derjenigen, welche dafür halten, daß sich der Gläubiger stets nur an die Hypothek zu halten habe, indem sie ausdrücklich festsetzt, daß es dem Hypothekargläubiger freistehe, die Klage entweder gegen den persönlichen Schuldner, oder gegen den Eigenthümer des Pfandgutes, oder gegen beide gemeinschaftlich zu richten.

§. 63.

Ist die Klage jedenfalls zuerst gegen den persönlichen Schuldner zu überreichen?

Nach der obigen Ministerial-Verordnung wird es klar, daß auch die Ansicht Derjenigen unrichtig sei, welche behaupten, daß die Klage jedenfalls zuerst gegen den persönlichen Schuldner zu überreichen sei. Die Verfechter dieser Ansicht glauben, daß der Gesetzgeber mit den Worten: „es steht ihm frei", dem Gläubiger keineswegs eine Wahl einräumen wollte, und daß diese Worte nur auf ein „befugt sein" hindeuten, wie in den §§. 258, 1286, 1360; daß sonach im §. 466 nichts anderes verfügt wird, als: der Gläubiger ist befugt, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen. Wiewohl durch die Worte „es steht ihm frei", an anderen Stellen des bürgerlichen Gesetzbuches das Wahlrecht eingeräumt wird (§§. 234, 415, 584, 693, 805, 1264, 1403), so wird doch überall die Wahl durch die Worte „entweder — oder" angedeutet; hier aber folgen dem „es steht ihm frei", die Worte „erst" und „dann," aus welchen zu ersehen ist, daß dem Gläubiger, ungeachtet das Pfandrecht veräußert wurde, das Recht eingeräumt wird, seine Befriedigung in der festgesetzten Reihenfolge zu suchen.

Dr. Stubenrauch *) meint dagegen, daß die Worte „freistehen" auf ein Wahlrecht des Gläubigers hinzudeuten scheinen, und daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers war, dem Gläubiger die Verpflichtung aufzuerlegen, jedenfalls zuerst den persönlichen Schuldner zu klagen. „Wäre dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen, so würde er sich gewiß im §. 466 weit richtiger und deutlicher dahin ausgesprochen haben, daß der Gläubiger schuldig oder verpflichtet sei, zuerst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann erst seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen **).

Dr. Harum ***) ist des Erachtens, daß der §. 466 seiner ganzen Stellung und Textirung zufolge offenbar etwas Besonderes, eine Aus-

*) Das a. b. G. B., Th. II., S. 105.

**) Diese Ansicht theilen auch Nippel (Erläut. B. III., S. 540), Winiwarter (Bürg. Recht., B. II, S. 267), Kopezky (Ztsch. f. österr. Rechtsg., 1838, Th. I., Seite 265.

***) In seinem Aufsatze: „Noch ein paar Worte über den §. 466 des a. b. G. B." (Ztsch. f. österr. Rechtsgel., 1849, II. Th., S. 209.)

nahme von der Regel, eine Wahl, nicht zwischen einer Handlung und deren Unterlassung, die ohnehin im Begriffe eines jeden Befugnisses liegt, sondern zwischen zwei positiv verschiedenen Handlungsweisen anordnen wollte.

Dieser Ansicht pflichtet auch Dr. St. bei, nur stimmt er in der Beantwortung der Frage, welches diese verschiedenen, in die Wahl des Pfandgläubigers gestellten positiven Handlungsweisen seien, mit Dr. H. nicht überein. Dr. H. meint nämlich, der Pfandgläubiger müsse jedenfalls zuerst sein persönliches Recht gegen den Schuldner suchen, also seine Forderung gegen ihn liquidiren; dann aber habe er die Wahl, entweder der Regel nach auch auf dessen Vermögen die Execution zu führen, oder zufolge der im §. 466 enthaltenen Ausnahmsverfügung, seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen, wenn sie gleich nicht mehr zum Vermögen des Schuldners gehört. Dr. St. ist dagegen der Ansicht, die Regel, die dem Gesetzgeber bei der Textirung des §. 466 vorschwebte, bestehe darin, daß die Pfandrechtsklage ihrer dinglichen Natur zufolge, wie die Eigenthumsklage (§. 366), oder die Servitutsklage (§. 523) gegen jeden Inhaber der Pfandsache gerichtet, und gegen diesen sohin auch die Execution geführt werden könne, während die Ausnahme dahin geht, daß der Pfandgläubiger sein persönliches Recht gegen den Schuldner liquidiren, und dennoch seine Befriedigung aus der nicht mehr in seinem Besitze befindlichen Pfandsache, erholen könne.

§. 64.

Fortsetzung.

Meines Dafürhaltens hat es allerdings seine Richtigkeit, daß, wenn der Gläubiger mit der Hypothekarklage auftreten will, er diese, so wie die Eigenthums- und Servitutsklage nur gegen den Besitzer gerichtet werden kann, auch nur gegen den Besitzer der Hypothek überreichen könne. Von dieser Regel ist meines Erachtens im §. 466 keine Ausnahme enthalten. Bei der Eintreibung einer hypothecirten Forderung stehen dem Kläger zwei Klagen zu Gebote, und zwar entweder gegen den persönlichen Schuldner, oder gegen den Besitzer des verpfändeten Gutes, welche letztere mit dem Namen der Pfandrechts- oder Hypothekarklage bezeichnet wird.

Ist die Hypothek noch im Besitze des Schuldners, so ist es nach den Grundsätzen des Pfandrechtes unzweifelhaft, daß es dem Gläubiger freisteht, zuerst die Klage gegen den Schuldner einzubringen, auf

anderweitige Güter desselben mit Umgehung der Hypothek (§. 411 der gal. G. O.) die Execution zu führen, oder aber wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit (auch ohne vorausgegangene Klage) nicht erfüllt wird, die Hypothekarklage zu überreichen (§§. 447, 461 des a. b. G. B.).

Nun war im Gesetze noch die Frage zu lösen, ob diese Wahl dem Gläubiger auch dann zustehe, wenn die Hypothek mittlerweile auf einen Dritten überging? Hätte die Gesetzgebung auch in diesem Falle dem Gläubiger dieselbe Wahl einräumen wollen, so müßte der §. 466 ganz anders lauten, beiläufig so: „Auch wenn der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Anderen übertragen hat, steht dem Gläubiger frei, entweder, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, seine Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen, oder aber sein Recht gegen den persönlichen Gläubiger geltend zu machen."

Die Fassung des §. 466 scheint sonach eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zu enthalten, welche meines Dafürhaltens darin besteht, daß, wenn die Hypothek auf einen Dritten überging, der Gläubiger jedenfalls zuerst den persönlichen Schuldner belangen müsse, und nur wenn er aus seinem Vermögen gar nicht oder nicht vollends befriediget werden würde, seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen habe. Bei jeder anderen Auslegung würde sich der Nachsatz: „und dann seine volle Befriedigung" nicht erklären lassen.

Zu dieser Ausnahme dürfte sich die Gesetzgebung durch die Betrachtung bestimmt gefunden haben, daß, so lange der persönliche Schuldner Eigenthümer der Hypothek ist, gar kein Grund vorliegt, anzuordnen, damit er zuerst belangt werde, und nur dann, wenn sofort der Gläubiger die volle Befriedigung nicht erlangt, er sich an die Hypothek zu wenden habe. Ist aber das Eigenthum des verpfändeten Gutes auf eine dritte Person übergegangen, dann erhält die subsidiarische Natur des Pfandes ihre volle Bedeutung. Hier tritt durch den Ankauf des verpfändeten Gutes die Verpflichtung eines Dritten für den Schuldner ein, welche nach §. 1344 des a. b. G. B. auf dreierlei Art übernommen werden kann: einmal, wenn er mit Einwilligung des Gläubigers die Schuld als Alleinzahler übernimmt; dann, wenn er der Verbindlichkeit als Mitschuldner beitritt; endlich wenn er sich für die Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verbindet, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle.

Bei dem Ankaufe des Pfandgutes kann von den ersteren zwei Verbindlichkeiten keine Rede sein, es sei denn, daß diesfalls eine besondere Verabredung getroffen worden wäre. Es erübriget sonach nur die dritte Verbindlichkeit, und diese ist durch die Eigenthümlichkeit des Pfandes nur auf den Werth der Hypothek beschränkt.

Der dritte Uebernehmer haftet sonach für die Forderung nur ad vires hypothecae und dies nur dann und insofern, als der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfüllt.

Diesen Grundsätzen entsprechend hat die Gesetzgebung im §. 466, wie ich glaube, festgesetzt, daß wenn die Hypothek auf einen Dritten überging, zuerst das persönliche Recht gegen den Schuldner zu suchen sei.

Auf die weitere Frage übergehend, ob die Gesetzgebung unter dem Ausdrucke „zu suchen sei", bloß eine außergerichtliche oder gerichtliche Mahnung (Klage) oder eine gänzliche Durchführung der Execution gegen den persönlichen Schuldner verstanden habe, könnte man wohl des Dafürhaltens sein, daß, nachdem sich die Worte „zu suchen" sowohl auf den persönlichen als auf den Realgläubiger beziehen, und diese Worte in Bezug auf den Letzteren offenbar die Executionsführung bedeuten, sie auch bezüglich des Ersteren nicht bloß eine Klage, sondern eine förmliche Executionsführung bedeuten, zu welcher Auslegung auch die Worte „und dann seine volle Befriedigung" zu berechtigen scheinen."

Nachdem wir aber des Dafürhaltens sind, daß die Gesetzgebung im Falle, wenn die Hypothek auf einen Dritten überging, die subsidiarische Natur des Pfandrechtes zur Geltung bringen wollte, und in dieser Beziehung sofort die bei der Bürgschaft aufgestellten Grundsätze zur Anwendung kommen, so glauben wir, daß nach diesen Grundsätzen eine vorläufige Executionsdurchführung gegen den persönlichen Schuldner nicht erforderlich ist, sondern daß man gegen den Realschuldner schon dann auftreten könne, wenn der persönliche Schuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat *).

*) §. 1355 des a. b. G. B.: „Der Bürge kann in der Regel erst dann belangt werden, wenn der Hauptschuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllet hat." Diese Bestimmung enthält eine wesentliche Aenderung der Festsetzungen des röm. Rechtes Nov. 4, Cap. 1., nach welcher der Hauptschuldner früher ausgeklagt werden mußte, bevor der Bürge um Zahlung angegangen werden konnte. Auch nach den Grundsätzen

Nach der obigen Minist. Vdg. ist aber nicht einmal eine vorläufige Klage oder Einmahnung gegen den persönlichen Schuldner erforderlich, da dieselbe es dem Belieben des Gläubigers überläßt, die Klage entweder gegen den persönlichen Schuldner, oder gegen den Eigenthümer des Pfandgutes, oder gegen Beide gemeinschaftlich zu richten.

§. 65.

Fortsetzung.

Der §. 3 der obigen J. Minist. Vgd. verfügt: „Bei Pfandgütern, welche in einer Landtafel, einem Stadt- oder Grundbuche eingetragen sind, kann der Gläubiger die gerichtlich angebrachte oder durch einen Notar beurkundete Aufkündigung oder die Klage, wenn Derjenige, gegen den sie gerichtet war, Eigenthümer des Pfandes ist, bücherlich anmerken lassen."

§. 4. „Diese Anmerkung ist entweder bei dem Grundbuchsgerichte, oder bei demjenigen Gerichte anzusuchen, bei welchem die Aufkündigung oder Klage angebracht wurde. (Wäre sonach Derjenige, gegen den die Klage gerichtet war, zur Zeit der angesuchten Anmerkung nicht mehr Eigenthümer des Pfandes, so ist dieselbe nicht gestattet.)

§. 5. „Eine **solche** Anmerkung (d. i. einer Aufkündigung oder Klage, welche gegen den Eigenthümer des Pfandes gerichtet ist), hat zur Folge, daß die Aufkündigung oder Klage ihre Wirksamkeit auch gegen jeden spätern Eigenthümer des Pfandgutes nach Maßgabe des §. 443 des a. b. G. B. äußert, und daß daher insbesondere auf Grund des über die angemerkte Klage erfolgten rechtskräftigen Erkenntnisses oder executionsfähigen Vergleiches die Execution auf das Pfandgut unmittelbar gegen jeden Eigenthümer desselben geführt werden kann."

Die Gläubiger, welche eine Pfandrechtsklage überreichen, haben

---

des in vielen Partien auf dem römischen Rechte basirten ungarischen Rechtes konnte der Bürge nur excusso debitore principali belangt werden, welcher Grundsatz meines Dafürhaltens der richtigere ist, indem bei jeder Bürgschaft nur der Fall vorgesehen ist, daß der Hauptschuldner zahlungsunvermögend werden sollte, nicht aber der Fall, daß er nicht werde zahlen wollen. Zeiller führt zur Rechtfertigung der Bestimmung des österreichischen Rechts (Comm. Bd. 4, S. 22) an, daß der Gläubiger in vielen Fällen mehr Rücksicht auf den Bürgen, als auf den Schuldner nimmt, und durch den Bürgen sowohl gegen mehrfache Proceßführungen, als gegen die Zahlungsunfähigkeit oder Unredlichkeit des Schuldners gedeckt sein will.

sonach nichts Eiligeres zu thun, als diese gegen den Eigenthümer des verpfändeten Gutes gerichtete Klage sogleich anmerken zu lassen, widrigens sie sich der Gefahr aussetzen, wenn vor Entscheidung des Processes das Eigenthum an eine dritte Person übergeht, Zeit, Mühe und Kosten zu verlieren, und einen neuen Proceß beginnen zu müssen, denn der folgende §. 6 setzt fest: „Wenn die bücherliche Anmerkung der Klage nicht erfolgt ist, so kann die Execution auf ein verpfändetes Gut nur auf Grund eines wider den Eigenthümer desselben erwirkten rechtskräftigen Erkenntnisses oder mit demselben abgeschlossenen executionsfähigen Vergleiches ertheilt werden."

Im vorhergehenden Paragraph 5 wird zwar der §. 443 des a. b. G. B. bezogen, allein die Festsetzung dieses Paragraphs nur auf den Fall beschränkt, wenn die Klage angemerkt wurde, da doch die Anordnung des §. 443 allgemein lautet: „Mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen werden auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen. Wer diese Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit."

Die haftende Last wird also übernommen ohne Unterschied, ob diesfalls bereits eine Klage überreicht wurde oder nicht, ob die Klage angemerkt wurde oder nicht. Nach den Grundsätzen des dinglichen Rechts begründet nicht die Anmerkung der Klage ein dingliches Recht, sondern die intabulirte Forderung. Wird diese gegen den Besitzer der verpfändeten Realität mittelst der Hypothekarklage eingeklagt, so wäre sie nach der Natur des dinglichen Rechts, welches gegen Jedermann geltend gemacht werden kann, auch gegen jeden nachfolgenden Eigenthümer wirksam (§. 307) und zwar ohne Unterschied, ob die Klage angemerkt wurde oder nicht; denn wie bemerkt, hat nach §. 443 der Uebernehmer des Gutes alle intabulirten Lasten zu tragen, gleichviel, ob sie eingeklagt wurden oder nicht.

Gleichwohl findet die obige J. Minist. Vdg. ihre volle Rechtfertigung in der Erwägung, daß, wie schon aus der Aufschrift dieser Verordnung zu ersehen ist, auch die Wahrung der Rechte der Eigenthümer beabsichtiget wird, welche gefährdet werden würden, wenn die gegen den früheren Eigenthümer erhobene Klage oder geschehene Aufkündigung, welche im Grundbuche zur Zeit der Uebernahme des Gutes nicht angemerkt waren, auch gegen den nachfolgenden Eigenthümer, der z. B. aus dem Grundbuche ersah, daß die Forderung vorläufig aufgekündigt werden müsse, wirksam wäre.

Gesetzt auf dem Gute Habdorf wäre ein vom Grundherrn Belt auf zehn Jahre aufgenommenes Darlehen von 1000 ⧺ am 20. März 1862 intabulirt worden, der Schuldner habe nachträglich mit dem Gläubiger das Uebereinkommen getroffen, daß dieses Darlehen im Mai 1863 rückgezahlt werden solle. Die Klage wird im Monate Mai 1863 überreicht und das Gut im Monate Juni 1863 an Sund verkauft. Ist nun die Klage vor dem Verkaufe des Gutes angemerkt worden, so hat der neue Uebernehmer schon zur Zeit des abgeschlossenen Kaufvertrages gesehen, daß über die Fälligkeit der Forderung ein Streit erhoben wurde, und daß er, wenn dieser Rechtsstreit zu Gunsten des Klägers ausfällt, die 1000 ⧺ sogleich werde zahlen müssen.

Wurde aber die Anmerkung der Klage unterlassen, so würde dem neuen Käufer, der aus den öffentlichen Büchern ersah, daß die Schuld erst im Jahre 1872 fällig ist, ein nicht geringes Unrecht widerfahren, wenn er schon über den gegen den Schuldner erhobenen Rechtsstreit würde verhalten werden, die Forderung sogleich zu entrichten. Desgleichen würde in dem Falle, wenn aus dem Grundbuche zu ersehen ist, daß die Forderung nur nach vorläufiger Aufkündigung binnen Jahresfrist zahlbar ist, dem neuen Uebernehmer des Gutes ein Unrecht widerfahren, wenn eine erfolgte Aufkündigung, die dem früheren Eigenthümer zukam, aber in den Grundbüchern nicht angemerkt wurde, gegen den nachfolgenden Eigenthümer wirksam sein sollte. In allen diesen Fällen wurde durch die Festsetzung: „daß die gegen den früheren Eigenthümer des Gutes angestrengte Klage oder erfolgte Aufkündigung, auch ungeachtet die Anmerkung unterlassen wurde, gegen den nachfolgenden Eigenthümer wirksam sei," diesem jede Einwendung, die er mit Fug und Recht entgegnen könnte, daß er die Forderung nur unter den aus dem Grundbuche ersichtlichen Bedingungen zu entrichten schuldig sei, im Vorhinein benommen würden.

Während die obige J. Minist. Vdg. einerseits die Rechte der nachfolgenden Eigenthümer zu wahren sucht, beeinträchtiget sie andererseits keineswegs die Rechte der Hypothekargläubiger, indem sie denselben zugleich die Mittel an die Hand gibt, durch die Anmerkung die Aufkündigung auch gegen die nachfolgenden Eigenthümer wirksam zu machen und die Kosten einer neuerlichen Proceßführung zu ersparen.

Weiters wird im §. 6 verfügt: „War jedoch das Pfandgut wegen einer Forderung bereits in Execution verfallen, so können wegen dieser Forderung die Executionsschritte auf das verpfändete Gut, ungeachtet einer später erfolg-

ten Veräußerung, auch gegen jeden neu eintretenden Eigenthümer desselben fortgesetzt werden."

Denn die Executionsführung ist bereits aus den öffentlichen Büchern ersichtlich, weßhalb sich Derjenige, der gleichwohl ein in Execution gezogenes Gut kauft, über kein Unrecht beklagen kann, wenn dieselbe auch gegen ihn wirksam ist.

Wo keine Grundbücher bestehen, daher von der fraglichen Anmerkung keine Rede sein kann, dort kann die Execution auf ein verpfändetes Gut gegen den neuen Eigenthümer nur auf Grund eines wider denselben erwirkten rechtskräftigen Erkenntnisses oder mit demselben abgeschlossenen executionsfähigen Vergleiches ertheilt werden; weil beim Verkaufe eines nicht intabulirten Gutes die Folgen des §. 443 nicht eintreten können. Es wird daher im §. 7 weiters verordnet: „Die im §. 6 enthaltenen Anordnungen haben auch auf solche Pfandgüter, welche in Landtafeln, Stadt- oder Grundbüchern nicht eingetragen sind, sowie in denjenigen Kronländern Anwendung zu finden, in welchen derlei Bücher nicht bestehen."

Bezüglich solcher Güter unterbricht daher der Verkauf derselben keineswegs die wegen einer Forderung bereits geführte Execution. Hiebei versteht es sich von selbst, daß der neue Eigenthümer gegen die Vornahme der Execution gegründete Einwendungen erheben könne, sobald er das Eigenthum nicht erst nach bereits bewirkter executiver Pfändung an sich brachte.

Dritter Abschnitt.

Rechtswirkungen des Ueberganges eines Tabularkörpers an mehrere Eigenthümer.

§. 66.

Ein Tabularkörper kann sowohl titulo universali als auch titulo singulari an mehrere Eigenthümer übergehen, in welchem Falle mannigfache Verwicklungen bezüglich der auf dem ganzen Körper und einzelnen Antheilen verbücherten Forderungen entstehen können.

Vor Allem wollen wir die Frage einer Erörterung unterziehen, ob der Grundsatz „Hypotheca est tota in qualibet parte" nach den österreichischen Gesetzen volle Geltung habe?

Insbesondere wollen wir in Erwägung ziehen, ob in dem Falle, wenn ein Tabularkörper, auf welchen eine Forderung intabulirt ist, auf mehrere Eigenthümer übergeht, und nur ein Antheil von einem auf demselben intabulirten Gläubiger in Execution gezogen wird, der auf dem ganzen Gute intabulirte Gläubiger berechtiget sei, auch aus dem Antheile seine volle Befriedigung zu suchen?

Gesetzt, auf dem Hause X im Werthe von 15000 fl., ist eine Forderung des A von 5000 fl. intabulirt; dieses Haus kaufen in der Folge drei Brüder B. C. D. Jeder läßt sich als Eigenthümer eines Drittels intabuliren. B contrahirt vom E ein Darlehen von 5000 fl., welches auf dem Antheile des B intabulirt wird. Der Gläubiger E zieht diesen Antheil des B in Execution, wofür ein Kaufschilling von 5000 fl. erzielt wird. Bei der Kaufschillingsvertheilung stellt nun der Gläubiger A das Begehren, damit er vor Allem mit seiner Forderung befriediget, der Kaufschilling sonach ihm ausgefolgt werde. Er macht den obigen Grundsatz geltend, und beruft sich auf die Festsetzung des §. 457 des a. b. G. B., nach welcher sich das Pfandrecht auf alle zu dem freien Eigenthume des Verpfänders gehörige Theile erstreckt, und führt an, daß nach §. 466 des a. b. G. B. das Pfandrecht durch die Veräußerung der verpfändeten Sache nicht alterirt wird.

Insbesondere bemerkt er, daß, wenn ihm die Hypothek auf dem ganzen Hause zusteht, ihm doch nicht verwehrt werden könne, sobald er es zur Befriedigung seiner Forderung nicht für nothwendig erachtet, das ganze Haus in Execution zu ziehen, einen einem Antheilsbesitzer gehörigen Theil zu exequiren. Jeder Antheilsbesitzer müsse sich diese Execution gefallen lassen, da nach §. 443 des a. b. G. B. jeder Antheilsbesitzer mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernimmt. Kann nun A seine Befriedigung aus einem Antheile suchen, wenn er selbst diesen Antheil in Execution gezogen hätte, so wird er wohl auch seine Befriedigung aus diesem Antheile suchen können, wenn derselbe von einem späteren Gläubiger executirt wurde.

§. 67.

Wir sind der, wiewohl mitunter auch in der Praxis bestrittenen Ansicht, daß A nur den dritten Theil seiner Forderung aus dem veräußerten Drittel des Hauses hereinbringen dürfe. Alle Gründe, welche A zur Rechtfertigung seines Anspruches geltend zu machen sucht, sind

entweder gar nicht, oder nur scheinbar im Gesetze gegründet. Nach §. 457 des a. b. G. B. erstreckt sich das Pfandrecht allerdings auf alle zu dem freien Eigenthume des Verpfänders gehörigen Theile, d. i. jeder Theil bleibt mithaftend für die Forderung, und in diesem Sinne ist wohl nach österreichischen Gesetzen der Grundsatz hypotheca est tota in qualibet parte zu verstehen. Der Eigenthümer des verpfändeten Hauses behält stets das freie Verfügungsrecht; er kann das ganze Haus oder einzelne Antheile desselben veräußern; gleichwohl bleibt die Forderung auf den einzelnen Theilen haftend.

Die Festsetzung des §. 457 berechtiget aber noch nicht zu der Annahme, daß der Käufer einzelner Theile die ganze Forderung übernehme. Wohl werden nach §. 443 mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen; hieraus folgt aber auch nicht, daß jeder Miteigenthümer die ganze Last übernehme.

Irrig ist es, daß der Gläubiger berechtiget ist, einzelne Theile des Pfandes in Execution zu ziehen. Der §. 461 des a. b. G. B. räumt dem Pfandgläubiger lediglich das Recht ein, die Feilbietung des Pfandes, nicht aber bloß eines Theiles desselben gerichtlich zu verlangen.

Der Gläubiger eines Miteigenthümers darf dagegen nichts anderes, als das seinem Schuldner zustehende Recht, also im vorliegenden Falle nur ein Drittel des Hauses in Execution ziehen.

Ein directer Beweis, daß einem Antheilsbesitzer nicht die ganze auf dem gemeinschaftlichen Gute hypothecirte Forderung in Rechnung gebracht werden könne, ist aus der Anordnung des §. 839 des a. b. G. B. zu entnehmen, wornach in einer gemeinschaftlichen Sache die Lasten nach Verhätniß der Antheile auszumessen sind.

Unserer Behauptung kann auch die Festsetzung des §. 847 des a. b. G. B. nicht entgegengehalten werden, wonach die bloße Theilung was immer für eines gemeinschaftlichen Gutes einem Dritten nicht zum Nachtheile gereichen kann, und alle ihm zustehenden Pfandrechte nach wie vor der Theilung ausgeübt werden können. Vor der Theilung hat der Gläubiger das Recht gehabt, aus dem Verkaufe des Hauses seine Befriedigung zu suchen; ist nun eine Theilung erfolgt, so kann ihm keineswegs das Recht streitig gemacht werden, das ganze Haus der Execution zu unterziehen. Aber ein Recht, welches er vor der Theilung nicht gehabt, aus einem Drittel des Hauses die volle

Befriedigung zu suchen, kann ihm auch nach der Theilung nicht zustehen. Von einer Beeinträchtigung des Gläubigers A durch die theilweise Execution eines Antheiles, kann gleichfalls keine Rede sein; denn der Ersteher des Antheiles haftet fortan für die Forderung des A. Durch den Verkauf der Hypothek wird keine Aenderung mit der hypothecirten Forderung bewirkt, und falls der Gläubiger A ein Drittel der Forderung nicht aus dem Kaufschillinge übernehmen will, bleibt der verkaufte Antheil fortan für die Forderung des A haftend. Mit diesem Drittel geht der Gläubiger A allen in der Folge bloß auf dem Drittel des Hauses intabulirten Gläubigern vor, und hat daher die Wahl dieses Drittels auf dem Antheile zu belassen, oder aber seine Forderung aus dem Kaufschillinge vor Allem zu entnehmen.

Daß der Gläubiger A das Recht habe, aus dem Kaufschillinge des dritten Theiles der Hypothek jedenfalls ein Drittel seiner Forderung herauszunehmen, bedarf wohl keiner Erwähnung, denn es ist aufliegend, daß, wenn man ihm das Recht auf jedes Drittel absprechen wollte, er um die ganze Hypothek geprellt werden würde.

Am häufigsten kommt in der Praxis der Fall vor, daß ein Tabularkörper gemeinschaftlich Eheleuten gehört. Wir wollen daher vornehmlich die diesfalls vorkommenden verschiedenartigen Rechtsverhältnisse besprechen.

War auf dem Gute, bevor es ein gemeinschaftliches geworden ist, schon eine Forderung intabulirt, und wird dieselbe nicht befriediget, so ist der Gläubiger dem Dargestellten zufolge nicht berechtiget, die Hälfte der Hypothek in Execution zu ziehen, wohl aber darf er auf das ganze Gut die Execution führen.

Dagegen sind die Gläubiger eines der Ehegatten nicht befugt, auf das ganze Gut zu greifen, und dürfen nur eine dem Schuldner gehörige Hälfte in Execution ziehen. Geschieht dies, ist z. B. auf dem Antheile des Gatten eine Forderung von 10,000 fl. intabulirt, und wird die Hälfte des Gutes um 8000 fl. veräußert, so darf der Gläubiger, welcher schon vor der Gemeinschaft mit 5000 fl. auf dem Gute intabulirt war, nur 2500 fl. vom Kaufschilling der Hälfte in Anschlag bringen, und der Executionsführer muß sich mit dem Reste begnügen. Auf der einen in die Execution gezogenen Hälfte des Gutes werden sofort die 10,000 fl. gelöscht; deßgleichen werden die auf dem ganzen Gute eingetragenen 5000 fl., weil die Hälfte dieser Forderung aus der einen Hälfte des Gutes bereits befriediget wurde, nur noch mit dem Reste von 2500 fl. auf dem Antheile der Gattin übertragen.

§. 68.

Ganz andere Resultate werden aber erzielt, wenn der auf die ganze Realität intabulirte Gläubiger auf jeden einzelnen Antheil Simultanhypotheken erhielt. Wenn sonach im gegebenen Falle der Gläubiger, welcher schon vor der Theilung eine Forderung mit 5000 fl. verbüchert hatte, mit Einwilligung der Ehegatten nach entstandener Gemeinschaft auf jedem Antheile die 5000 fl. intabuliren ließ. Hier hätte der Gläubiger das Recht, die eine oder die andere Hälfte, oder das ganze Gut der Execution zu unterziehen, und im Falle ein weiterer Gläubiger des einen oder des anderen Ehegatten die eine Hälfte in Execution zöge, hätte der Simultangläubiger allerdings das Recht, vom Kaufschillinge die ganze Forderung in Abschlag zu bringen, in welchem Falle aber die Simultanhypothek aus beiden Hälften gelöscht werden würde. Fände der Simultangläubiger aus der einen Hälfte nicht seine volle Befriedigung, so bleibt der Rest noch immer auf der zweiten Simultanhypothek haftend.

Es ist daher der Unterschied einer Hypothek, welche auf einer Realität eingeräumt wird, und sich über alle Theile derselben erstreckt, und einer Simultanhypothek, welche auf allen Theilen einer Realität ertheilt wird, wie wir gesehen haben, von nicht geringer praktischer Wichtigkeit. Aus dem Dargestellten erhellet sonach, daß Diejenigen, welche dafür halten, daß nach dem Grundsatze hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte, Derjenige, welcher vor eingetretener Gemeinschaft einverleibt wurde, nach Belieben die eine oder die andere Hälfte in Anspruch nehmen, und bei der Execution einer Hälfte seine ganze Forderung in Anschlag bringen könne, die allgemeine Hypothek auf dem ganzen Gute mit der Simultanhypothek auf jedem Theile des Gutes verwechseln.

Andere Resultate als die eben geschilderten werden erzielt, wenn das Gut, auf welchem einem Gläubiger eine Hypothek eingeräumt wurde, nicht bloß in ideale Theile getrennt, sondern physisch getheilt wird und in mehrere verschiedenartige Tabularkörper zerfällt. Hier hängt es von dem Uebereinkommen der Parteien ab, welches ohnehin vor der physischen Theilung bewirkt wird, ob die auf dem ganzen Gute haftende Hypothek entweder nur auf einen Theil übertragen oder aber zur Hälfte oder andere beliebige Verhältnisse, oder endlich im ganzen Betrage als Simultanhypothek auf allen getrennten Theilen verbüchert werden soll. Nach Verschiedenheit dieses Uebereinkommens sind die Rechtsverhältnisse auch ganz verschieden.

Vierter Abschnitt.

Wirkung der Intabulation bezüglich der Priorität der Zinsen.

§. 69.

Seit jeher wurde es in der Praxis als unzweifelhaft angesehen, daß die rückständigen Zinsen eines intabulirten Capitales unter gewissen Beschränkungen das nämliche Vorrecht wie das Capital, und zwar nicht nur im Concursverfahren, sondern auch im Executionsverfahren haben. Diese in der Praxis fast allgemein verbreitete Ansicht wurde von den Theoretikern theils adoptirt, theils angefochten. Die Wichtigkeit des Gegenstandes wird es wohl entschuldigen, wenn wir die diesfalls geltend gemachten verschiedenartigsten Ansichten einer eindringlichen Prüfung unterziehen.

§. 70.

Gesetzliche Bestimmungen hierüber.

Die verschiedenen Landtafelpatente enthalten bezüglich der Zinsen verbücherter Capitalien nachstehende Bestimmungen:

Landtafelpatent für Niederösterreich v. 24. Nov. 1758, §. 25. „Um damit aber wegen der Interessen, welche von den vorgemerkten Capitalien gebühren, kein Anstand sein möge, so wollen Wir gerechtest verordnet haben, daß dem Interesse, wenn der Gläubiger solches bei dem Schuldner durch längere Zeit, als durch 3 Jahre freiwillig hat anschwellen lassen, nur auf 3 Jahre das Vorrecht gebühren solle, welches der Hauptsumme zu statten kommt; wofern aber der Creditor nach Verlauf deren 3 Jahren die Interessen gerichtlich eingeklagt und an Fortsetzung der Execution seines Ortes nichts hat erwinden lassen, in diesem Falle behalten die auch durch mehrere Jahre ausständigen Interessen das Vorrecht gleich jenen, welche inner denen 3 Jahren angeschwollen sind, wo hingegen das uneingeklagte über 3 Jahre ausständige Interesse allen anderen vorgemerkten Posten und denen davon durch 3 Jahre ausständigen Interessen nachgehen.“

Dieselbe Anordnung enthalten auch die Landtafel- und Grundbuchspatente für Kärnten und Krain vom 5. Nov. 1768 und vom 28. Sept. 1771. Eine ähnliche Festsetzung enthielten bereits die Pragmatiken für Böhmen vom 23. Aug. und 8. Oct. 1709.

Deßgleichen wird im §. 18 der C. O. v. 1. Mai 1781 verfügt: „Die Zinsen von einem Pfandcapital haben das nämliche Vorrecht, als das Capital selbst von 3 Jahren her, vom Tage des eröffneten Concurses zurückzurechnen; wären sie aber schon vorher doch unausgesetzt eingeklagt worden, so hätten sowohl jene, welche von 3 Jahren, vom Tage der eingereichten Klage zurückzurechnen, herrühren, **als jene, welche nach der Klage bis zum ausgebrochenen Concurs verfallen sind, das nämliche Vorrecht zu genießen.**"

Der §. 17 der C. O. lautet: „In die zweite Classe sind zu setzen jene, welche auf das Vermögen des Verschuldeten ein Pfandrecht (pignus vel hypothecam) haben, nach Maßgabe der Zeit, da sie das Pfandrecht erhalten haben, oder nach Vorschrift der bestehenden Landtafel- und Vormerkungspatente, jedoch nur in Ansehung desjenigen Gutes, welches ihnen verpfändet ist."

Im §. 127 der gal. G. O. heißt es: „Sowohl die während des Concurses laufenden, als auch die bei Eröffnung des Concurses ausständigen Zinsen von einem Pfandcapital haben das nämliche Vorrecht, als das Capital selbst von 3 Jahren her, vom Tage des eröffneten Concurses zurückgerechnet, wären sie aber schon vorher, doch **unausgesetzt** eingeklagt worden, so hätten sowohl jene, welche von 3 Jahren vom Tage der eingereichten Klage zurückzurechnen herrühren, als diese, welche nach der Klage bis zum ausgebrochenen Concurse verfallen sind, das nämliche Vorrecht zu genießen; jenes, so von den Zinsen hier festgesetzt wird, gilt auch für alle jährlichen Hebungen, die auf ein liegendes Gut pfandweise versichert sind."

Das Landtafelpatent für Galizien v. 4. März 1780 enthält bezüglich der Zinsen im 14. Artikel folgende Bestimmung:

„Quando quidem ratione usurarum, sive provisionis (quæ a capitali tabulariter assecurato pro nonnullis annis soluta non est) tam respectu securitatis quam prioritatis dubium oriri potest; ideo ad evitandum omne dubium hisce jubemus, ut usuris sive provisioni, si creditor eam ultra 3 annos accrescere permiserit, duntaxat pro tribus annis tale jus prioritatis competat, quale summæ capitali debetur, quodsi vero Creditor adhuc ante lapsum trienii talem provisionem judicialiter quæsiverit, et in adstringenda executione sua ex parte non defuerit, eo casu usuræ sive provisio etiam pro pluribus annis accreta eodem jure prioritatis prout illa pro tribus annis non soluta gaudere

debet. E converso vero provisio ultra tres annos accreta et judicialiter non quæsita omnibus aliis prænotatis summis capitalibus et ab his pro triennio accretæ provisioni postponenda, post horum solutionem tamen denuo eo ordine prout ipsum capitale prænotatum est, collocanda, atque enumeranda erit.“

Das gal. b. G. B. verfügt im II. Th., §. 235: „Der Vorzug der erst berührten Rechte des Staats und des Grundeigenthümers schränkt sich nur auf die 3 letzten Jahre ein; eben dieses gilt auch von den mit dem Grundcapital verschriebenen Interessen und Zinsen; Zögerungszinse haben gar kein Vorrecht.“

Der §. 450 des a. b. G. B. lautet: „Die Fälle, in welchen das Gesetz Jemanden das Pfandrecht einräumt, sind am gehörigen Orte dieses Gesetzbuches und bei dem Verfahren in Concursfällen angegeben.“

Ueber die Anfrage: ob und inwiefern den landesfürstlichen und grundherrlichen Abgaben von unbeweglichen Gütern, außer dem Concurse, ein Vorrecht zustehe, wurde mit Hfd. vom 16. Sept. 1825, Nr. 2132 bedeutet: „daß dreijährige Rückstände an landesfürstlichen Steuern und gutsherrlichen Abgaben auch außer dem Falle des Concurses, durch ein in dem §. 450 des a. b. G. B. und in dem §. 16 der Concurs-Ordnung bestätigtes gesetzliches Pfandrecht, auf das Gut, von dem diese Steuern und Abgaben hätten entrichtet werden sollen, versichert seien; dagegen kann auf andere, im Falle einer allgemeinen Concurs-Verhandlung privilegirte, aber mit keinem gesetzlichen Pfandrechte auf ein einzelnes Gut versehene Forderungen bei Vertheilung des Kaufschillings für ein außer dem Concurse versteigertes Gut keine Rücksicht genommen werden.

§. 71.

Verschiedene Ansichten bezüglich des gesetzlichen Pfandrechtes der Zinsen verbücherter Capitalien.

Die eben bezogenen gesetzlichen Bestimmungen wurden auf das verschiedenartigste ausgelegt. Viele sind der Ansicht, daß von einem Vorzugsrechte der Zinsen nur dann eine Rede sein könne, wenn für dieselben insbesondere ein Pfandrecht erwirkt wurde; während Andere der Meinung sind, daß es einer besonderen Ertheilung des Pfandrechtes für die Zinsen nicht bedarf, damit dieselben des gleichen Ranges mit dem verbücherten Capitale theilhaftig werden. Diese letzteren

gehen wieder in ihren Ansichten weit auseinander, und unterscheiden vor Allem das Concurs- von dem gewöhnlichen Executionsverfahren. In Concursfällen wollen einige Rechtsgelehrten in allen Kronländern das gesetzliche Vorrecht sowohl der rückständigen dreijährigen als auch aller älteren jedoch gerichtlich gehörig eingeklagten Zinsen gelten lassen, während es problematisch ist, ob in Galizien in Concursfällen nebst den dreijährigen rückständigen Zinsen auch die gerichtlich eingeklagten älteren Rückstände sich eines gleichen Vorrechtes mit dem verbücherten Capitale erfreuen. Noch mehr zerfallen die Ansichten der Rechtsgelehrten bezüglich des Vorrechtes der Zinsen im gewöhnlichen Executionsverfahren.

Einige sind des Erachtens, daß den rückständigen Zinsen gar kein Vorrecht gebührt, während Andere dafürhalten, daß in Galizien den dreijährigen Rückständen, in den übrigen deutschen Kronländern aber auch im gewöhnlichen Executionsverfahren, selbst den älteren gerichtlich eingeklagten Zinsen ein gleicher Vorzug mit dem verbücherten Capitale nicht abgesprochen werden könne.

Auch darüber sind Zweifel erhoben worden, ob nebst den rückständigen Zinsen, die vom Tage der Eröffnung des Concurses fortlaufenden, dann ob nur die innerhalb der drei Jahre vor Eröffnung des Concurses eingeklagten, oder aber auch die früher eingeklagten Zinsen, vom Tage der Klage zurückgerechnet, sich eines gleichen Vorzugsrechtes erfreuen? ob im Falle, wenn ältere Zinsen zwar ordnungsmäßig eingeklagt wurden, bezüglich der folgenden aber keine Klage überreicht worden ist, auch den eingeklagten Zinsen kein Vorrecht gebühre? ob den vor der Klage ausständigen dreijährigen Zinsen das Vorrecht auch dann zustehe, wenn die Execution nicht gehörig fortgesetzt wurde? ob dem eingeklagten und zugesprochenen Zinsenrückstande, wenn für denselben eine besondere Hypothek erwirkt wurde, das Vorrecht vom Tage dieser erwirkten Hypothek, oder aber ein gleiches Vorrecht mit dem Capitale gebühre? dann von welchem Tage das Triennium bei gewöhnlichen Executionsführungen zu zählen sei?

§. 72.

Erörterung der obigen Fragen: Gebührt nur jenen Zinsen ein gleiches Vorrecht mit dem verbücherten Capital, für welche ein besonderes Pfandrecht erwirkt wurde?

Ungeachtet die eben angeführten Stellen der Concursordnungen und der Landtafelpatente, auf welche im §. 17 der a. C. O. hinge-

wiesen wird, klar die Bestimmung enthalten, daß den dort erwähnten Zinsen eines verbücherten Capitals ein gleiches Vorrecht mit dem Capitale gebühre, so ist man doch mitunter der Ansicht, daß dieses Vorrecht ihnen nur dann eingeräumt werden wollte, wenn für den ausstehenden Zinsenbetrag insbesondere eine Hypothek verschrieben wurde. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht wird geltend gemacht, daß in keiner der bezogenen Gesetzesstellen den rückständigen Zinsen ein Pfandrecht, sondern lediglich ein Vorzugsrecht eingeräumt wird; da nun zufolge des §. 17 der a. C. O. in die zweite Classe nur diejenigen Posten zu setzen sind, welche ein Pfandrecht haben, so könne die Anordnung des §. 18 der a. C. O.: daß die restirenden Zinsen in dieselbe Classe mit dem Capitale zu setzen sind, nur auf jenen Zinsenbetrag Bezug haben, für welchen insbesondere eine Hypothek bestellt wurde *). Für diese Ansicht könnte weiters angeführt werden, daß man um so weniger zur Annahme berechtiget ist, die Gesetzgebung habe auch den nicht besonders hypothecirten rückständigen Zinsen ein Vorrecht einräumen wollen, als schon die Begünstigung, daß der hypothecirte Zinsenbetrag sich eines gleichen Vorzugsrechtes mit dem verbücherten Capitale erfreue, und daher nicht in der Reihenfolge, in welcher die Hypothek der Zinsen erwirkt wurde, sondern mit dem Capitale zu lociren ist, sich als eine Bevorzugung darstellt, welche gegen den Zweck der öffentlichen Bücher, gegen die Publicität verstoßt.

Die bezogenen Gesetzesstellen machen jedoch durchwegs keinen Unterschied, ob die restirenden Zinsen der hypothecirten Forderungen besonders intabulirt sind oder nicht; die Einräumung des gleichen Vorranges wird von ganz anderen Bedingungen abhängig gemacht: von der Dauer des Rückstandes (nur dreijährige) und bezüglich der älteren von den unausgesetzten gerichtlichen Einklagen.

Wäre die besondere Verbücherung des Zinsenrestes auch eine Bedingung der gleichen Rangordnung, so hätte die Gesetzgebung diese Bedingung doch auch erwähnt. Uebrigens ist die Einräumung des Vorrechtes gleichbedeutend mit der Ertheilung des Pfandrechtes. Es

*) Diese Ansicht macht insbesondere Dr. Beck (Jurist Bd. VIII., S. 100) geltend, und Dr. v. Stubenrauch (a. b. G. B. Bd. II. S. 31) bemerkt, daß die von Dr. Beck vertheidigte Ansicht: der §. 18 der C. O. sei nur von jenen Zinsen zu verstehen, für welche ein Pfandrecht insbesondere bedungen worden, gewichtige Gründe für sich zu haben scheint. Dieselbe Ansicht vertheidigt auch Fischer: Erörterung aus der Lehre von den Classenrechten im Concurse der Gläubiger. Jur. Zeitsch. J. 1829, I. Bd. S. 1.

kann sonach nicht gesagt werden, daß in den obigen Gesetzesstellen den restirenden Zinsen kein Pfandrecht ertheilt wird, und ist dies der Fall, so fällt das aus der Anordnung des §. 17 erhobene Bedenken weg, sie gleichfalls in die zweite Classe zu setzen. Mag aber dieses Vorrecht als Pfandrecht angesehen werden oder nicht, so ist es doch gewiß, daß im §. 18 den restirenden Zinsen ein gleiches Vorrecht mit dem verbücherten Capitale ertheilt wird.

Aus dem ganzen Contexte der bezüglichen Gesetzesstellen ist zu ersehen, daß nicht nur die besonders hypothecirten Zinsen gemeint wurden; denn es heißt darin, daß alle übrigen, d. i. die über drei Jahre ausstehenden und nicht gehörig eingeklagten Zinsen nach allen hypothecirten Capitalien zu setzen sind; was nicht gesagt werden könnte, wenn die Gesetzgebung nur besonders verbücherte Zinsenrückstände vor Augen gehabt hätte, welche nicht allen hypothecirten Forderungen nachgesetzt, sondern nach Maßgabe der Zeit der Erwirkung der Hypothek für die Zinsen eingereiht werden müßten. Was endlich die Publicität anbelangt, so ist es allerdings sehr zu beklagen, daß nun seit mehr als einem Jahrhundert, ungeachtet des rastlosen und bewunderungswürdigen Fortschrittes der Gesetzgebung noch immer derlei mittelalterliche Uebelstände beibehalten werden, und einem aus den öffentlichen Büchern nicht ersichtlichen restirenden Zinsenbetrag im Concursverfahren ein Vorrang zum Nachtheil später eingetragener Gläubiger eingeräumt wird. Allein gegen diese Publicität wird nicht minder verstoßen, wenn dieser Vorrang auch nur dem hypothecirten Zinsenrest zugestanden werden wollte; weil auch hier ein viel später verbücherter Zinsenbetrag allen vorausgehenden Capitalien vorausgeht und sich eines gleichen Ranges mit dem bezüglichen Capital erfreut *).

*) Dr. Haimerl bemerkt in seiner trefflichen Abhandlung a. O. S. 105: „Darum heißt es auch in dem mit dem Patente vom 10. Jänner 1791 für das Innviertel kundgemachten ob der ennsischen Landtafelpatente: daß die vorgemerkten Gläubiger Allen vorgehen, die nicht vorgemerkt sind, mit Ausnahme derjenigen, denen in der a. C. O. vorzügliches Recht, versteht sich also ohne Vormerkung, ertheilt wird. Ein solches vorzügliches Recht ist aber den Zinsen in der C. O. dadurch ertheilt worden, daß ihnen dasselbe Vorrecht wie dem Pfand-Capitale, also das Pfandrecht eingeräumt und geordnet wurde, daß sie auf den Grund dieses Pfandrechtes in die zweite Classe versetzt werden sollen, wo alle Forderungen zu stehen kommen, die mit einem Pfandrechte bedeckt sind. Die Zinsen der Pfand-Capitalien im bezeichneten Betrage können daher den vorgemerkten Gläubigern nicht nachgesetzt werden.

§. 73.

A. Vorrecht der Zinsen in Concursfällen.

Streitig ist es, ob in Concursfällen nur die dreijährigen oder auch alle älteren gehörig gerichtlich eingeklagten Zinsen ein gleiches Vorrecht mit dem Capital haben?

I. In Galizien vor Einführung des a. b. G. B.

Die Bestimmung, wem ein gesetzliches Pfandrecht gebührt, betrifft das materielle Recht, ist daher ein Gegenstand des bürgerlichen Gesetzbuches. Mag daher immerhin in den älteren Landtafelpatenten und Concursordnungen festgesetzt worden sein, daß auch älteren als dreijährigen Zinsen, wenn sie gerichtlich eingeklagt wurden, ein gleiches Vorrecht mit dem verbücherten Capitale gebühre, so ist doch diese Bestimmung durch die Festsetzung des gal. b. G. B. wenigstens für Galizien aufgehoben worden, indem im II. Thl. §. 235 lediglich dem dreijährigen Zinsenrückstand ein gleicher Vorzug mit dem intabulirten Capital zugestanden wurde. Es dürfte daher unzweifelhaft sein, daß seit der Einführung des gal. b. G. B., bis zur Wirksamkeit des a. b. G. B., in Cridafällen nur den dreijährigen rückständigen Zinsen der Vorzug des verbücherten Capitals zustehe.

II. In den übrigen deutschen Kronländern.

Bezüglich der übrigen Kronländer hatte das gal. b. G. B. keine Geltung, das a. b. G. B. hat die Festsetzung des bezogenen Paragraphs des gal. b. G. B. nicht aufgenommen und im §. 450 die Bestimmungen über das gesetzliche Pfand in Concursfällen aufrecht erhalten. In den übrigen Kronländern haben daher die Bestimmungen der Grundbuchspatente und der Concursordnungen, weil sie weder durch das gal. b. G. B., das nur für Galizien Geltung hatte, noch auch durch das a. b. G. B., welches sich ausdrücklich auf die im Concursverfahren bestehenden gesetzlichen Pfandrechte beruft, aufgehoben wurden, fortwährend Geltung. Nur in der provisorischen Concursordnung für Ungarn und Siebenbürgen vom 18. Juli 1853, R. G. B. Z. 132, wird im §. 12 festgesetzt, daß nur den dreijährigen Rückständen der Zinsen jener Capitalien, die nach dem Tage der Wirksamkeit der prov. Concursordnung intabulirt wurden, die gleiche Priorität für einen dreijährigen Rückstand zu statten komme.

III. In Galizien nach Einführung des a. b. G. B.

Wenn nun nach Einführung des gal. b. G. B. in Cridafällen den älteren als dreijährigen Zinsen, auch wenn sie gerichtlich bereits

eingeklagt worden wären, ein gleicher Vorzug mit dem Capitale in Galizien nicht mehr zustand, so entsteht die Frage, ob nach Einführung des a. b. G. B. die Bestimmungen der a. C. O., der gal. G. O. und der Landtafelpatente in Galizien wieder auflebten. Meines Erachtens kann ein einmal aufgehobenes Gesetz, sei es im ganzen Umfange oder in einzelnen Bestimmungen, nicht mehr aufleben, es sei denn, daß das aufgehobene Gesetz neuerdings kundgemacht wird. Wenngleich im §. 450 des a. b. G. B. die gesetzlichen Pfandrechte im Verfahren in Concursfällen aufrecht erhalten werden, so ist es doch offenbar, daß hiemit nicht bereits aufgehobene gesetzliche Pfandrechte wieder als geltend erklärt, sondern nur jene in Kraft erhalten werden, welche vor der Einführung des a. b. G. B. Geltung hatten, sonach für Galizien nur das Vorzugsrecht der dreijährigen, für die übrigen Provinzen auch die älteren gerichtlich eingeklagten Zinsen. Weil zur Zeit der Kundmachung des a. b. G. B. die ausgedehnteren in der Concurs- und Gerichtsordnung, dann im Landtafelpatente ertheilten gesetzlichen Pfandrechte durch den bezogenen §. 235, II. Thl. des gal. b. G. B. für Galizien bereits aufgehoben waren, und nur für die übrigen Kronländer noch Geltung hatten. Dieser Annahme steht nicht entgegen, daß die Gesetzgebung, wenn sie auch für Galizien ein besonderes bürgerliches Gesetzbuch kundmachte, in der Folge durch die Kundmachung des a. b. G. B. ein gemeinsames bürgerliches Recht einführte *), sonach die bis zum Jahre 1811 bestandenen Unterschiede aufheben wollte; denn nachdem zur Zeit der Kundmachung des a. b. G. B. in Galizien und in den übrigen Kronländern ein verschiedenes gesetzliches Pfandrecht in Concursfällen bestand, und im §. 450, ohne genauere Bestimmung, ob die in Galizien oder aber anderwärts bei dem Verfahren in Concursfällen giltigen gesetzlichen Pfandrechte in Wirksamkeit erhalten werden: so ist wohl anzunehmen, daß die Gesetzgebung die in den bezüglichen Kronländern bestehenden verschiedenen gesetzlichen Pfandrechte in Kraft erhalten wollte. Will man sich aber stützen auf die Voraussetzung, daß die österreichische Gesetzgebung durch die im §. 450 enthaltene Beru-

*) Thatsächlich ist zufolge Allerhöchster Anordnung durch Hfd. vom 16. Jän. 1797 den in allen Provinzen zur Prüfung des Entwurfes des a. b. G. B. niedergesetzten Commissionen und den Universitäten bedeutet worden, es sei der Grundsatz voranzustellen, daß in allen Provinzen nur ein und das nämliche Gesetz, eine Ausnahme aber nur da, wo besondere Umstände der Landesverfassung dieselbe unmittelbar nothwendig machen, zuzulassen.

fung auf das Concursverfahren nicht beabsichtigen konnte, verschiedene Bestimmungen bezüglich des gesetzlichen Pfandrechtes gelten zu lassen, so müßte man wohl zugeben, daß sie die Beschränkungen des gal. b. G. nicht minder aufgeben wollte, und daher im §. 450 nur das durch das gal. b. G. B. beschränktere gesetzliche Pfandrecht der Zinsen vor Augen hatte, zumal diese Beschränkungen unzweifelhaft als ein Fortschritt anzusehen sind, durch welchen dem Zwecke der Einführung der öffentlichen Bücher weit mehr Rechnung getragen wird, als wenn rückständigen Zinsen, die in den öffentlichen Büchern nicht ausgewiesen erscheinen, der Vorzug für eine ganze Reihe von Jahren zugestanden werden würde, zu welcher Annahme auch die Festsetzung des §. 12 der obbezogenen prov. Concursordnung für Ungarn und Siebenbürgen zu berechtigen scheint. Gleichwohl getrauten wir uns nicht zu behaupten, daß durch die im §. 450 vorkommende Berufung lediglich die für Galizien bestandenen gesetzlichen Vorzugsrechte der Zinsen, und zwar für das gesammte Kaiserreich, in Kraft erhalten werden wollten, und glauben vielmehr, daß die Anordnung des §. 450 die zur Zeit der Einführung des a. b. G. B. in jedem einzelnen Kronlande bestehenden verschiedenen gesetzlichen Pfandrechte in Concursfällen unverändert erhalten habe. Ob es räthlich ist, den restirenden Zinsen eine gleiche Priorität mit dem Capitale anzuweisen, ist eine andere Frage.

Aufliegend ist es, daß, wie bereits Dr. Haimerl bemerkte *), durch das Einverständniß des Cridatars mit den Gläubigern den nachfolgenden Gläubigern sehr geschadet werden kann. Der Realcredit leidet beim Bestande unbekannter Vorzugsposten, und daher ist wohl auch vorauszusetzen, daß diejenige Auslegung der diesfalls bestehenden Anordnungen dem Geiste des Gesetzes mehr entsprechen würde, durch welche diese Vorzugsposten möglichst vermindert werden. Wo jedoch die Gesetze klar aussprechen, daß den restirenden Zinsen ein gleiches Vorzugsrecht mit dem verbücherten Capital gebührt, dort ist das Gegentheil aus dem Geiste des Gesetzes herauszuinterpretiren nicht gestattet.

§. 74.

B. Im gewöhnlichen Executionsverfahren.

In wiefern bestehen im gewöhnlichen Executionsverfahren heutzutage Vorzugsrechte der Zinsen verbücherter Capitalien.

I. Eine Ansicht geht dahin, daß im Executionsverfahren den Zinsen

*) Bemerkungen über das Vorrecht der Zinsen, Zeitsch. für österr. Rcht. Jahrg. 1837, II. Bd. S. 99.

hypothecirter Capitalien keineswegs ein gleicher Vorzug mit dem Capitale zustehe. Denn die Bestimmungen der Landtafelpatente sind, in wiefern sie das materielle Recht betreffen, durch die Einführung des a. b. G. B. aufgehoben worden, weil im §. 446 des a. b. G. B. die Landtafelgesetze nur insofern in Kraft erhalten wurden, in wiefern sie vorzeichnen, auf was für eine Art, und mit welchen Vorsichten überhaupt bei Einverleibung dinglicher Rechte vorzugehen sei. Desgleichen ist die Festsetzung des §. 235 II. Thl. des gal. b. G. B. als nicht mehr bindend anzusehen. Das a. b. G. B. ertheilt den rückständigen Zinsen nirgends ein gesetzliches Pfandrecht, und die im §. 450 enthaltene Berufung auf das gesetzliche Pfandrecht in Cridafällen bezieht sich eben nur auf das Verfahren in Cridafällen. So setzt auch der §. 470 des a. b. G. B. fest: „die Vorzugsrechte der Gläubiger beim Ausbruche eines Concurses bestimmt das Verfahren in Concursfällen."

II. Andere nehmen an, daß auch im gewöhnlichen Executionsverfahren den rückständigen Capitalszinsen ein gleiches Vorrecht wie in Concursfällen gebühre; weil der §. 450 des a. b. G. B. nicht der Art ausgelegt werden könne, daß die dort berufenen gesetzlichen Pfandrechte, von denen im Concursverfahren Erwähnung geschieht, nur für dieses Verfahren zu gelten habe. Das Gesetz hat vielmehr, um sich möglichst kurz zu fassen, nur im Allgemeinen den Ort angedeutet, wo die gesetzlichen Pfandrechte angeführt werden, ohne es für nothwendig zu erachten, alle einzelnen sowohl im a. b. G. B. als auch in den Concursordnungen angeführten gesetzlichen Pfandrechte aufzuzählen. Ueberdies sagen die Verfechter dieser Ansicht, die Gesetzgebung habe keinen Grund gehabt, für das Verfahren in Concursfällen andere gesetzliche Pfandrechte zu ertheilen, als im gewöhnlichen Executionsverfahren.

Dagegen kann jedoch nicht unbemerkt gelassen werden, daß schon aus der Fassung des §. 450 hervorzugehen scheint, die in der Concursordnung festgesetzten gesetzlichen Pfandrechte seien nur im Verfahren in Concursfällen geltend, und weder in der Concursordnung noch in einem anderen Gesetze sei die ausdrückliche Bestimmung enthalten, daß die in den Concursordnungen aufgezählten gesetzlichen Pfandrechte auch im gewöhnlichen Executionsverfahren zu beachten sind. Das Argument, die Gesetzgebung habe in Concursfällen doch nicht andere Vorzugsrechte, als im gewöhnlichen Executionsverfahren zu ertheilen beabsichtiget, wird durch das oben bezogene Hfd. vom 16. September 1825 Nr. 2132 widerlegt, aus welchem ersichtlich ist, daß für das gewöhnliche Executionsverfahren keineswegs dieselben Vorzugsrechte wie

in Cridafällen bestehen, indem es in diesem Hfd. heißt: „dagegen kann auf andere (mit Ausnahme der dreijährigen Steuern und gutsherrlichen Abgaben) im Falle einer allgemeinen Concurs-Verhandlung privilegirte, aber mit keinem gesetzlichen Pfandrechte auf ein einzelnes Gut versehene Forderungen, bei Vertheilung des Kaufschillings für ein außer dem Concurse versteigertes Gut keine Rücksicht genommen werden." Diese Verordnung zeigt klar an, daß im gewöhnlichen Executionsverfahren nicht dieselben Vorzugsrechte bestehen, wie in Concursfällen, was auch aus der Anordnung des §. 470 des a. b. G. B. zu ersehen ist.

Aber auch Diejenigen, welche des Erachtens sind, die in der Concursordnung aufgezählten gesetzlichen Pfandrechte finden im gewöhnlichen Verfahren Anwendung, berufen sich auf die eben bezogene Verordnung, da in derselben nur bezüglich der Privilegien eine Ausnahme gemacht wird, dagegen die gesetzlichen Pfandrechte auch im gemeinen Verfahren in Kraft erhalten werden.

III. Die Vertheidiger dieser Ansicht gehen wieder bezüglich der Ausdehnung des gesetzlichen Pfandrechtes der Zinsen auseinander. Diejenigen, welche glauben: das gesetzliche Pfandrecht erstrecke sich wenigstens in Galizien auch in Concursfällen nicht weiter, als auf die dreijährigen Zinsen, wollen demselben um so weniger im gewöhnlichen Executionsverfahren eine größere Tragweite zugestehen; während die Verfechter der ausnahmslosen allgemeinen Geltung des a. b. G. B. in allen Kronländern des Kaiserreiches, des Dafürhaltens sind: das gesetzliche Pfandrecht beziehe sich auch im Executionsverfahren auf ältere gerichtlich eingeklagte Rückstände.

Unterzieht man diese verschiedenartigsten Ansichten und die Gründe, welche für dieselben angeführt werden, einer eindringlichen Prüfung, so muß man wohl gestehen, daß es schwer fällt zu entscheiden, ob die Uebung den bestehenden Gesetzen entsprechend sei. Wir halten die ad I. besprochene Ansicht für die richtigere und sind mit Dr. v. Stubenrauch *) einverstanden, daß im gewöhnlichen Executionsverfahren den Zinsen eines verbücherten Capitals das im Concursverfahren eingeräumte Vorzugsrecht nicht zustehe. Dr. v. Stubenrauch führt insbesondere an, daß das a. b. G. B. gewiß nicht ohne Absicht die Bestimmung des gal. G. B., II. Th. 235: „daß den mit dem Grundcapitale verschriebenen Zinsen das gleiche Pfandrecht für die drei letzten Jahre, den Verzugszinsen aber kein Vorrecht gebühren soll," gänzlich bei Seite

*) Das a. b. G. B., Bd. II. S. 30.

gelassen habe, so wie das Princip der Specialität, auf welches die öffentlichen Bücher in Oesterreich gebaut sind, unverkennbar zu fordern scheint, daß alle Lasten, welche auf einer unbeweglichen Sache haften, aus den gedachten Büchern auch ersichtlich seien, was nach der gegenseitigen Behauptung keineswegs der Fall wäre.

Indessen dürfte die Absicht der Gesetzgebung, den dreijährigen rückständigen Zinsen ein gleiches Vorrecht mit dem verbücherten Capital sowohl in Concursfällen, als auch im gewöhnlichen Executionsverfahren zuzugestehen, aus den neuesten provisorischen Gesetzen für Ungarn und Siebenbürgen ersichtlich sein.

Die prov. Concursordnung für Ungarn und Siebenbürgen vom 18. Juli 1853 R. G. B., Z. 132, setzt im §. 12 fest: „Die seit der Eröffnung des Concurses laufenden gesetzmäßigen Zinsen eines intabulirten Capitals haben mit diesem die gleiche Priorität. Die vor Eröffnung des Concurses rückständigen Zinsen derjenigen Capitalien, welche vor dem Tage der Wirksamkeit der gegenwärtigen Concursordnung intabulirt wurden, genießen die gleiche Priorität mit dem Capitale in dem Maße, in welchem ihnen dieselbe nach den bis zu diesem Tage bestandenen Gesetzen gebührt. Dagegen kommt den Zinsen derjenigen Capitalien, welche seit dem oben bezeichneten Tage zur Intabulation gelangt sind, die gleiche Priorität für einen dreijährigen Rückstand zu statten."

Die prov. C. P. O. für Ungarn und Siebenbürgen enthält im 23. Hauptstücke über die Vertheilung des Kaufschillings im Executionswege im §. 560 nachstehende Bestimmung: „Forderungen, welche der Schuldner anerkennt, werden sammt denjenigen von dem Schuldner selbst angegebenen Interessen-Rückständen, insoweit sie mit dem Capitale nach den Gesetzen gleiches Vorrecht genießen, für richtig angenommen und bei der Vertheilung des Kaufschillings in Rechnung gebracht. Die nicht gleiches Vorrecht mit dem Capitale genießenden Zinsenrückstände sind, so weit der Kaufpreis reicht, nach allen Gläubigern in der, den Capitalien angewiesenen Rangordnung zu setzen *)."

*) In dem neuen Entwurfe der Grundbuchsordnung wird im §. 19 verfügt: „Das mittelst des Grundbuches in Rücksicht einer Capitalforderung erworbene Pfandrecht erstreckt sich nur auf die vom Tage der gerichtlichen Klage an laufenden und auf die zur Zeit der Ueberreichung der Klage rückständigen Zinsen, insoferne diese den dreifachen Betrag einjähriger Zinsen nicht übersteigen. Wird der Proceß nicht ununterbrochen fortgesetzt, oder wird die Execution durch 3 Monate anzusuchen oder fortzusetzen versäumt, so wird der Betrag der Zinsen so berechnet, als ob die Klage zu der Zeit angebracht worden wäre, zu welcher der Gläubiger

§. 75.

Ergebniß der bisherigen Erörterung.

Aus dem nun Dargestellten erhellet, daß man bezüglich der Vorzugsrechte der Zinsen verbücherter Capitalien vor Allem das Concursverfahren von dem gewöhnlichen Executionsverfahren unterscheiden müsse.

Insbesondere stellt sich die Ansicht als gesetzlich begründet dar: 1. daß den rückständigen Zinsen verbücherter Capitalien, falls ihnen ein gleiches Vorzugsrecht mit dem Capitale eingeräumt wurde, dieses auch dann zusteht, wenngleich für die Zinsen kein besonderes Pfandrecht erwirkt worden ist.

2. Daß in Concursfällen dieses Vorzugsrecht in Galizien nur für dreijährige Rückstände, in den übrigen deutschen Kronländern auch für alle älteren, jedoch gerichtlich eingeklagten Zinsen gebühre.

3. Dagegen steht, nach einer richtigen Auslegung der bezüglichen Gesetzesstellen, sowohl in Galizien als auch in den übrigen deutschen Kronländern, im gewöhnlichen Executionsverfahren den rückständigen Zinsen kein gleiches Pfandrecht mit dem verbücherten Capitale zu; wohl aber wird dasselbe in der Praxis stets in Anschlag gebracht, und mit Berufung auf den §. 450 des a. b. G. B., welcher nach der ziemlich allgemein verbreiteten Ansicht, die in der Concursordnung aufgezählten gesetzlichen Pfandrechte als allgemein, sonach auch für das gewöhnliche Executionsverfahren giltig bestätiget; ferners mit Berufung auf das bezogene Hfd. v. 16. Sept. 1825, Nr. 2132, welches nur jenen Forderungen, die mit keinem gesetzlichen Pfandrechte versehen sind, außer dem Concurse mit Ausnahme der dreijährigen Steuerrückstände, keinen Vorzug zugesteht, behauptet, daß in Galizien im gewöhnlichen Executionsverfahren die restirenden dreijährigen Zinsen, weil in Gemäßheit des §. 235 II. Th. des gal. b. G. B. das ihnen zufolge der Concursordnung zustehende Pfandrecht nicht benommen wurde, sie sonach mit einem gesetzlichen Pfandrechte versehen sind, in den übrigen Kronländern aber auch ältere ordnungsmäßig gerichtlich

---

das Verfahren erneuert und sein Recht gehörig verfolgt hat. Ist die Klage vor der Einverleibung oder Vormerkung des Capitals überreicht worden, so erstreckt sich das Pfandrecht nie weiter, als auf die vom Tage der Ueberreichung des Einverleibungs- oder Vormerkungsgesuches an laufenden und auf die an diesem Tage rückständigen, den dreifachen Betrag einjähriger Interessen nicht übersteigenden Zinsen.

eingeklagte Zinsen, auf welche die Beschränkung des bezogenen §. 235 des gal. b. G. B. keinen Einfluß üben kann, ein gleiches Vorrecht mit dem verbücherten Capitale haben.

§. 76.

Streitig ist es ferner, ob in den Fällen, in welchen den rückständigen Zinsen ein Vorrecht gebührt, dieses auch den vom Tage der Eröffnung des Concurses fortlaufenden Zinsen zusteht?

Sowohl die Concursordnungen, als auch die Landtafelpatente sprechen nur von dem Vorzugsrechte des Zinsenrückstandes, wohl aber verfügt die gal. G. O. im §. 127, daß auch die während des Concurses laufenden Zinsen von einem Pfandcapital das nämliche Vorrecht als das Capital selbst haben. Es unterliegt sonach in jenen Kronländern, in welchen die gal. G. O. eingeführt ist, im Hinblicke auf die Bestimmungen der §§. 450 und 470 des a. b. G. B., keinem Zweifel, daß auch den seit Eröffnung des Concurses fortlaufenden Zinsen der verbücherten Capitalien das gleiche Vorzugsrecht mit dem Capitale gebührt. Zweifelhafter ist es in den übrigen Kronländern. In Erwägung jedoch, daß es die Absicht der Gesetzgebung ist, in allen Kronländern ein gemeinsames Gesetz auch bezüglich des Pfandrechtes einzuführen; in weiterer Erwägung, daß in keinem Gesetze die laufenden Zinsen von dem erwähnten Vorrechte ausgeschlossen werden, dürfte die Ansicht, daß auch in den übrigen Kronländern dasselbe Vorrecht, welches den rückständigen Zinsen eingeräumt wird, auch den laufenden zustehe, um so mehr der Absicht des höchsten Gesetzgebers entsprechend befunden werden, als in der prov. Concursordnung für Ungarn und Siebenbürgen v. 18. Juli 1853, §. 12, ausdrücklich das Vorrecht der Zinsen, den seit der Eröffnung des Concurses laufenden gesetzmäßigen Zinsen eines intabulirten Capitales zugestanden wird.

§. 77.

Ein weiterer Zweifel ist darüber erhoben worden, ob dort, wo den gerichtlich eingeklagten Zinsen, drei Jahre von der Ueberreichung der Klage zurückgerechnet, ein gleiches Vorrecht mit dem intabulirten Capital gebührt, dieses Vorrecht denselben nur dann zu statten komme, wenn die Klage innerhalb dreier Jahre vor Eröffnung des Concurses angestrengt wurde, oder ohne Rücksichtsnahme auf den Zeitpunct der überreichten Klage?

Dieser Zweifel wird in Folge der verschiedenartigen Fassungen der bezüglichen Landtafelpatente und Concursordnungen angeregt. Ganz unklar sind die diesfälligen Bestimmungen im Landtafelpatente für Niederösterreich v. 24. Nov. 1758, §. 25: „wofern aber der Creditor nach Verlauf deren 3 Jahren die Interessen gerichtlich eingeklagt und an Fortsetzung der Execution seines Ortes nichts hat erwinden lassen, in diesem Falle behalten die auch durch mehrere Jahre ausständigen Interessen das Vorrecht gleich jenen, welche inner denen 3 Jahren angeschwollen sind —.“

In der C. O. vom Jahre 1781 heißt es: „wären sie aber schon vorher, doch unausgesetzt, eingeklagt worden, so hätten sowohl jene, welche von 3 Jahren, vom Tage der eingereichten Klage zurückzurechnen, herrühren, als jene, welche nach der Klage bis zum ausgebrochenen Concurs verfallen sind, das nämliche Vorrecht zu genießen.“

Zufolge dieser Gesetzstelle ist es unzweifelhaft, daß durch die überreichte Klage nicht nur den dreijährigen vor der Klage rückständigen Zinsen, sondern auch, wenn sie unausgesetzt (also von 3 zu 3 Jahren) eingeklagt wurden, auch den fortlaufenden Zinsen bis zur Eröffnung des Concurses das Vorrecht salvirt wird.

Minder bestimmt ist hingegen der 14. Art. des G. P. Dieser spricht nur von den dreijährigen, vor der Eröffnung des Concurses rückständigen und von jenen Zinsen, welche von der, innerhalb dieser 3 Jahre überreichten Klage, gleichfalls 3 Jahre zurückgerechnet, aushaften. Dagegen enthält die gal. G. O. im §. 127 fast wörtlich wieder die Verordnung des §. 18 der a. C. O. Da die fragliche Bestimmung des gal. Landtafelpatentes durch die gal. G. O. modificirt wurde, und letztere ein neueres Gesetz ist, so ist es offenbar, daß, so wie in den übrigen Kronländern der bezogene §. 18 der a. C. O. maßgebend ist, für Galizien und die übrigen Länder, in welchen die gal. G. O. eingeführt wurde, die Festsetzung des §. 127 der gal. G. O. volle Geltung habe.

§. 78.

Die bezogenen Gesetzesstellen ertheilen nur jenen rückständigen Zinsen ein gleiches Vorrecht mit dem verbücherten Capital, die **unausgesetzt eingeklagt worden sind**. Diese Bestimmung hat den Zweifel veranlaßt, **ob im Falle, wenn frühere Zinsen zwar ordnungsmäßig eingeklagt wurden, bezüglich der fol-**

genden aber keine Klage überreicht worden ist, auch den eingeklagten Zinsen kein Vorrecht gebühre?

Dieses Bedenken ist jedoch ganz ungegründet, denn sowohl die a. C. O. als auch die gal. G. O. enthalten bezüglich der rückständigen Zinsen eigentlich dreierlei Bestimmungen. Vor Allem wird den dreijährigen Zinsen vor Eröffnung des Concurses ein gleiches Vorrecht mit dem verbücherten Capitale ertheilt; ferner den dreijährigen Zinsen vor Ueberreichung der Klage, und endlich auch den nach Ueberreichung der ersten Klage bis zum Triennium vor Eröffnung des Concurses fortlaufenden Zinsen; diesen letzteren aber nur dann, wenn sie unausgesetzt, d. i. unzweifelhaft im Sinne des Gesetzes, von 3 zu 3 Jahren eingeklagt wurden.

Es kann sich demnach allerdings der Fall ergeben, daß weit älteren, von 10—12 Jahren ausständigen Zinsen ein gleiches Vorrecht mit dem verbücherten Capitale zugestanden werden müsse, während spätere, seit 4—5 Jahren rückständige sich dieses Vorrechtes nicht erfreuen.

Gesetzt, der Concurs wurde am 1. Mai 1864 eröffnet, bezüglich des intabulirten Capitales von 2000 fl. wurden die seit Oct. 1857 bis zum 1. Mai 1860 ausständigen Zinsen mittelst einer am 1. Mai 1860 überreichten Klage eingeklagt. Der diesfällige Rechtsstreit ist durch alle Instanzen durchgeführt, und endlich im April 1864 zu Gunsten des Gläubigers entschieden worden. Dieser versäumte aber, vor Ablauf des Trienniums die seit 1. Mai 1860 restirenden Zinsen einzuklagen. In diesem Falle ist lediglich den Zinsen vom 1. Mai 1861 bis 1. Mai 1864, und vom October 1857 bis 1. Mai 1860, nicht aber auch den Zinsen vom 1. Mai 1860 bis 1. Mai 1861 der gleiche Vorrang mit dem Capitale zuzugestehen, weil zufolge der obigen Gesetzesstellen den vom Tage der überreichten Klage fortlaufenden Zinsen der Vorrang nur dann gebührt, wenn sie unausgesetzt eingeklagt worden wären, was im vorliegenden Beispiel nicht der Fall war.

§. 79.

Soll den dreijährigen, vor Ueberreichung der Klage aushaftenden Zinsen ein gleiches Vorrecht mit dem verbücherten Capitale zustehen, so muß die Klage gehörig fortgesetzt werden.

Es ist klar, daß die Gesetzgebung den von der überreichten Klage ausständigen dreijährigen Zinsen ein gleiches Vorrecht mit dem Capital deßhalb einräumt, weil durch die Anstrengung der Klage die Verjäh-

rung derselben unterbrochen wurde. Ist aber die Klage nicht gehörig fortgesetzt worden, so kann von der Unterbrechung der Verjährung keine Rede sein, weil nach §. 1497 die gehörige Fortsetzung der Klage als Bedingung der Unterbrechung der Verjährung bezeichnet wird.

Wann aber die Klage als gehörig fortgesetzt anzusehen sei, ist eine andere Frage. Daß Erstreckungsgesuche, z. B. zur Ueberreichung der Replik, der Klage die unterbrechende Kraft nicht benehmen, ist wohl klar *). Eben so unzweifelhaft ist es, daß die Contumacirung des Klägers wegen Nichterstattung der Replik nicht entgegenstehe, die Verjährung als unterbrochen anzusehen, wenn nur in dem Urtheile dem klägerischen Begehren stattgegeben wird.

Streitig ist es, ob durch den Rücktritt von der Klage, wenngleich mit Vorbehalt der Ueberreichung einer neuen Klage, die Wirkung der ersten Klage aufgehoben werde, und ob eine, wegen Formgebrechen rückgestellte Klage, wenn bis zur Ueberreichung der neuen Klage die Verjährungsfrist bereits abgelaufen ist, die Verjährung unterbreche?

Der Grund der Verjährung ist die andauernde Lässigkeit des Berechtigten. Durch die Ueberreichung der Klage hat er bereits einen Schritt zur Verfolgung seines Rechtes unternommen. Ist in der Klage irgend ein Fehler unterlaufen, und hat er die Klage entweder selbst mit Vorbehalt der Ueberreichung einer neuen Klage zurückgenommen, oder wurde sie ihm wegen Formgebrechen rückgestellt, und hat er die neue oder die verbesserte Klage unverweilt überreicht, so dürfte wohl die Unterbrechung schon mit der Ueberreichung der ersten Klage eingetreten sein, zumal das Gesetz im §. 1497 die Unterbrechung nur dann nicht zuläßt, wenn die Klage durch einen rechtskräftigen Spruch für unstatthaft erklärt wird. Dagegen haben bloße Fristgesuche zur Einbringung einer Klage, wenn sie auch den Willen zu

*) Ritter v. Winiwarter bemerkt diesfalls; Prat. Mat. Bd. 8., S. 188: „Eine nicht gehörig fortgesetzte Klage unterbricht die Verjährung nicht; als nicht fortgesetzt ist sie aber dann anzusehen, wenn der Kläger bei einem ihm obliegenden gerichtlichen Schritte die Frist entweder selbst nicht zuhält, oder insofern dies bei dem Geklagten der Fall wäre, die gehörigen Mittel gegen den Verzug derselben nicht gebraucht, der Proceß dadurch in's Stocken geräth; und währenddem die noch zu einer bestimmten Ersitzung oder Verjährung fehlende Zeit vorübergeht, denn in diesem Falle wird die Ersitzung oder Verjährung vollendet, und es wird selbst die Zeit, während welcher der Proceß noch gehörig fortgesetzt wurde, eingerechnet."

klagen andeuten, diese Wirkung nicht. (Hfd. vom 30. Jänner 1819, Nr. 1540.)

Da zur Unterbrechung der Verjährung eine Klage erforderlich ist, so folgt von selbst, daß z. B. die bloße Anmeldung einer Forderung bei der Verlassenschaftsabhandlung nach dem verstorbenen Schuldner die Verjährung nicht unterbreche.

§. 80.

Wird den vor der Klage ausständigen dreijährigen Zinsen das Vorrecht auch dann zugestanden, wenn die Execution nicht gehörig fortgesetzt wurde?

Die Ansicht, daß auch die Execution gehörig fortgesetzt werden müsse, um den rückständigen eingeklagten dreijährigen Zinsen den gleichen Vorzug mit dem verbücherten Capital zu erhalten, wird durch den 14. Art. des gal. L. P. v. 4. März 1780 zu rechtfertigen gesucht, indem es dort heißt: „et in adstringenda executione sua ex parte non defuerit."

Diese Ansicht ist, weil sie durch das gal. Landtafelpatent begründet wird, zumeist in Galizien verbreitet, wo sie bereits von allen Instanzen durch 8 Decennien anerkannt, sich als unwiderlegbar richtig so sehr behauptete, daß es wohl ein vergebliches Bemühen sein dürfte, die Unrichtigkeit dieser Ansicht, wenn sie auch augenfällig wäre, nachzuweisen. Gleichwohl kann ich nicht umhin, nachstehende Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Ansicht in Anregung zu bringen.

Vor Allem erlaube ich mir hiebei die Frage, ob es denn wirklich so zweifellos ausgemacht ist, daß der 14. Art. des gal. Landtafelpatentes noch immer in Kraft erhalten wurde?

Diese Frage glaube ich umsomehr verneinend beantworten zu sollen, als dieser Artikel eine Anordnung enthält, die das materielle Recht betrifft; die sonach, in wiefern sie mit den Bestimmungen des gal. b. G. B. nicht übereinstimmt, bereits durch dasselbe, und jedenfalls durch das a. b. G. B. schon im Einführungspatente aufgehoben wurde, in welchem erklärt wird, daß alle auf die Gegenstände des allgemeinen bürgerlichen Rechtes sich beziehenden Gesetze und Gewohnheiten außer Wirksamkeit gesetzt werden. Dagegen wird man wohl nicht säumen einzuwenden, daß durch die Anordnung des §. 446 des a. b. G. B. das gal. Landtafelpatent im ganzen Umfange, sonach auch der fragliche 14. Artikel, in Geltung erhalten wurde. Auch wird man sich beeilen, zur Begründung der andauernden Wirksamkeit dieses greisen Artikels, auf die Verfügung des §. 470 des a. b. G. B. hinzu-

weisen, welcher festsetzt, daß die Vorzugsrechte der Gläubiger bei dem Ausbruche eines Concurses das Verfahren in Concursfällen bestimmt, welches Verfahren im §. 17 (Pat. 1780) ausdrücklich auf die Landtafelpatente hinweist. Endlich wird man wohl auch zu der Bestimmung des §. 450 des a. b. G. B. die Zuflucht nehmen, daß die Fälle, in welchen das Gesetz Jemanden das Pfandrecht einräumt, am gehörigen Orte des a. b. G. B., und bei dem Verfahren in Concursfällen angegeben werden.

So lieb es mir wäre, wenn die bezogenen Gesetzesstellen die Richtigkeit der gegnerischen Ansicht, und sofort die Gesetzlichkeit so vieler Entscheidungen, mit welchen Gläubigern, welche die ordnungsmäßig fortgesetzte Execution von 3 zu 3 Jahren nicht nachgewiesen haben, die gleiche Priorität der bereits ersiegten Zinsen mit dem verbücherten Capitale abgesprochen wurde, zu erweisen vermöchten; zumal ich de lege ferenda der Ansicht bin, doß ein Vorzugsrecht mehrjähriger rückständiger Zinsen, deren Betrag aus den öffentlichen Büchern nicht ersichtlich ist, gegen den Zweck der Einführung der öffentlichen Bücher gänzlich verstoßt; so kann ich mich doch der Besorgniß nicht entschlagen, daß alle bezogenen Gesetzesstellen die Richtigkeit der obigen Ansicht keineswegs darzuthun vermögen. Was das erste gegnerische, der Bestimmung des §. 446 des a. b. G. B. entnommene Argument anbelangt, so vermag dieselbe die andauernde Lebenskraft des fraglichen Art. 14 des gal. L. P. nicht zu erhalten, indem durch den §. 446 nicht alle Bestimmungen des Landtafelpatentes, sondern nur jene als geltend erklärt werden, welche auf die Art, wie bei Einverleibungen dinglicher Rechte vorzugehen ist, und auf die hiebei zu beobachtenden Vorsichten Bezug haben. Die §§. 450 und 470 des a. b. G. B. beziehen sich zwar auf die bezüglichen Concursordnungen, nicht aber auf die Landtafelpatente. Zwar enthält der §. 17 der a. C. O. vom Jahre 1781 eine Berufung der Landtafelpatente, sonach der §. 450 des a. b. G. B. eine mittelbare Hinweisung auf die Landtafelpatente, allein die für Galizien giltige Concursordnung enthält keineswegs eine Bestätigung der Bestimmungen des Landtafelpatentes, und die Anordnung des §. 127 der gal. G. O. hat die Festsetzung des Artikel 14 des gal. Landtafelpatentes mit belangreichen Modificirungen aufgenommen, und keineswegs angeordnet, daß die Einräumung des Vorranges des Capitales für rückständige eingeklagte Zinsen nur dann gestattet sei, wenn die Execution unausgesetzt fortgesetzt wurde. Zwar hat man auch versucht, die im bezogenen §. 127 der g. G. O. vorkom-

menden Worte: „unausgesetzt eingeklagt,“ dahin zu deuten, daß die Gesetzgebung darunter eine unausgesetzte Fortsetzung der Execution verstanden habe.

Allein es bedarf wohl kaum einer zweiten Lesung des §. 127, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß das Wörtchen „unausgesetzt“ sich keineswegs auf Executionsführungen, sondern auf „Klagen“ beziehe, indem wohl sonst statt des Ausdruckes „eingeklagt“, der entsprechendere Ausdruck „eingetrieben“ gebraucht worden wäre. Der fragliche Absatz des §. 127 bespricht die Bedingungen, unter welchen nicht nur den dreijährigen, vor der überreichten Klage aushaftenden, sondern auch den von der Klage bis zu Eröffnung des Concurses fortlaufenden Zinsen ein gleiches Vorrecht mit dem Capitale eingeräumt wird, und setzt zu diesem Behufe fest, daß sie, nämlich die nach der Klage fortlaufenden Zinsen, unausgesetzt eingeklagt werden sollen. Die Worte „unausgesetzt eingeklagt“ beziehen sich daher nicht auf die bereits überreichte Klage, sondern auf unausgesetzt anzustrengende neue Klagen, womit die weiter fortlaufenden Zinsen gefordert werden müssen, damit sie des Vorrechtes des Capitals theilhaftig werden.

Von einer Executionsführung oder gar von einer unausgesetzten Executionsführung ist im §. 127 nicht eine Spur zu finden. Wohl begnügt sich die Gesetzgebung nicht mit der Anstrengung der Klage allein, sondern es wird behufs der Unterbrechung der Verjährung allerdings eine gehörig fortgesetzte Klage gefordert. Aber selbst dieses Erforderniß wird weder in den Landtafelpatenten, noch in den Concursordnungen vorgezeichnet, sondern ist lediglich im Grunde des §. 1497 des a. b. G. B. als eine Bedingung der Unterbrechung der Verjährung anzusehen; und nur die Voraussetzung, daß die Gesetzgebung den eingeklagten Zinsen deßhalb das Vorzugsrecht salviren wollte, weil durch die Klage die Verjährung unterbrochen wird, berechtiget zu der Annahme, daß die Anstrengung der Klage allein nicht genüge, sondern daß auch alle übrigen zur Unterbrechung der Verjährung erforderlichen Bedingungen eintreffen müssen.

Als Bedingung der Unterbrechung der Verjährung setzt das a. b. G. B. im §. 1497 lediglich die gehörige Fortsetzung der Klage, nicht aber auch die weitere Executionsführung oder gar die unausgesetzte Executionsführung fest. Treffend bemerkt Ritter von Winiwarter *): „die Execution des Urtheils gehört nicht mehr zur

*) Prat. Mat. Bd. 8., S. 187.

Beendigung des Processes, sondern ist vielmehr die Verfolgung eines eigenen, durch das rechtskräftige Urtheil erst entstandenen Rechtes, zu dessen Ausübung dem Sieger eine neue Verjährung lauft." *)

Daß die bereits durch rechtskräftiges Urtheil zugesprochenen, oder durch einen die Execution begründenden Vergleich oder Vertrag anerkannten Zinsen, nicht der kürzeren Verjährungsfrist nach §. 1480 unterliegen, sondern daß dieselben nur in den für die ordentliche Verjährung in den §§. 1478, 1485 und 1486 festgesetzten Fristen verjähren, wird in der J. Minist. Vdg. vom 21. Juli 1858 R. G. B., Z. 105, deutlich ausgesprochen. In dieser Verordnung wird zugleich festgesetzt, daß, wenn in einem Urtheile nicht bloß auf die Zahlung bereits verfallener, sondern auch auf jene der künftig verfallenden jährlichen Zinsen erkannt wurde, so unterliegen die nach der erreichten Rechtskraft des Urtheils verfallenen Zinsen neuerdings der im §. 1480 des a. b. G. B. festgesetzten dreijährigen Verjährung.

Dem zufolge verjähren die bereits zugesprochenen, zur Zeit der Klage fälligen Zinsen, wenngleich die Execution nicht angesucht wird, erst nach dreißig Jahren.

Die nach überreichter Klage fällig werdenden Zinsen, mag das Urtheil auch auf die künftig fällig werdenden Zinsen lauten oder nicht, unterliegen fortan der dreijährigen Verjährungsfrist, und nur bezüglich dieser ist zur Unterbrechung erforderlich, daß vor Ablauf von drei Jahren die Execution angesucht oder die Klage überreicht werde.

§. 81.

Streitig ist es ferners, ob dem eingeklagten und zugesprochenen Zinsenrückstande, wenn für denselben eine besondere Hypothek erwirkt wurde, das Vorrecht vom Tage dieser erwirkten Hypothek, oder aber ein gleiches Vorrecht mit dem Capitale gebühre?

Wir haben bereits erörtert, daß dort, wo den rückständigen Zinsen eines verbücherten Capitals ein gleicher Vorzug mit dem Capitale selbst eingeräumt wird, vor Allem erforderlich ist, daß die Stipulation der Zinsen in der intabulirten Urkunde enthalten sei, daß es aber keineswegs nothwendig sei, für die Zinsen eine besondere Hypothek zu erwirken. Es wird wohl auch Niemanden

*) Desgleichen bemerkt Dr. v. Stubenrauch a. b. G. B. (25. Hft. S. 757): „Weiters muß die Klage gehörig fortgesetzt, d. h. bis zur Schöpfung eines rechtskräftigen Urtheils durchgeführt werden."

beifallen, behufs der Erlangung eines gleichen Vorranges mit dem Capitale für die insen eine beson dere Hypothek zu erwirken, wo dieses Vorrecht denselben nach dem Gesetze ohnehin zusteht. Sollte es aber doch Jemand begehren, die rückständigen Zinsen besonders zu intabuliren, so kann er durch diesen Act des Rechtes doch nicht verlustig erklärt werden, die gleiche Priorität mit dem Capitale geltend zu machen, zumal eine dergleichen besondere Intabulation wohl als Warnung für künftige Erwerber der Realität, keineswegs aber als ausdrückliche oder stillschweigende Verzichtleistung auf das ihm zustehende Prioritätsrecht angesehen werden kann. Es ist aber die besondere Intabulation der rückständigen Zinsen dann allerdings nicht zwecklos und ertheilt nur dann vom Zeitpuncte der erwirkten besonderen Hypothek das Vorrecht, wenn

1. das gleiche Vorrecht mit dem verbücherten Capital nach den diesfälligen gesetzlichen Bestimmungen nicht eintreten kann; oder wenn

2. das gleiche Vorrecht mit dem verbücherten Capital nicht genügend erscheint und sonach auf eine andere Realität die Intabulation der Zinsen erwirkt wird.

ad 1. Das gleiche Vorrecht mit dem verbücherten Capital tritt dann nicht ein, wenn

a) in der intabulirten Schuldverschreibung keine Zinsen bedungen wurden, und die Verpflichtung zur Zinsenentrichtung erst in einem späteren Uebereinkommen übernommen wurde; wenn

b) die Zinsen über drei Jahre ausständig sind, ohne gerichtlich eingeklagt worden zu sein, und die Verjährung derselben nur durch die außergerichtliche Mahnung und Anerkennung in Gemäßheit des §. 1497 des a. b. G. B. unterbrochen wurde; oder wenn

c) in Gemäßheit des §. 998 des a. b. G. B. der Zinsenrückstand als ein neues Capital verschrieben wird. In diesem letzteren Falle haben die capitalisirten Zinsen die Eigenschaft der Zinsen verloren, sie können daher nicht mehr als Zinsen der ursprünglich verbücherten Forderung angesehen werden, weßhalb ihnen auch das Vorrecht des Capitales nicht gebührt; wohl aber können die Gläubiger von diesen capitalisirten Zinsen abermals Zinsen stipuliren, welchen ein gleiches Vorrecht mit dem neuen Capital zusteht. Diese Capitalisirung der Zinsen ist aber in Gemäßheit des §. 1335 des a. b. G. B. nur bezüglich jener Zinsen zulässig, die den Betrag der Hauptschuld nicht übersteigen, und auch dies nur dann, wenn nicht bereits die Verjährung derselben eingetreten ist. (Hfd. 21. Nov. 1812 Nr. 1016).

ad 2. Eine besondere Hypothek kann für die aushaftenden Zinsen auch dann erwirkt werden, wenn der Gläubiger in Gefahr schwebt, daß er aus der Hypothek des Capitals die volle Befriedigung für die rückständigen Zinsen nicht erlangen könnte, und wenn die Bedingungen der Einräumung eines weiteren Pfandes nach §. 458 des a. b. G. B. eintreffen. Ungeachtet der Erlangung einer besonderen Hypothek verliert der Gläubiger das Vorzugsrecht der Zinsen auf die erstere Hypothek nicht, erlangt aber auf der neuen Hypothek, im Falle auch diese versteigert werden würde, die Priorität nur vom Tage der Einverleibung.

§. 82.

Nicht jede Unterbrechung der Verjährung hat die Folge, daß das Vorzugsrecht der Zinsen erhalten wird.

Wir haben bereits erwähnt, wie sehr die Einräumung des gleichen Vorzuges der rückständigen Zinsen dem Zwecke der Einführung der öffentlichen Bücher widerstreitet, wie wünschenswerth es sonach erscheint, die Fälle der in keinem bestimmten Betrage angegebenen Vorzugsposten möglichst zu beschränken. Es ist daher aufliegend, daß jene gesetzlichen Bestimmungen, welche gleichwohl derlei Vorzugsrechte einräumen, strenge zu interpretiren sind, daß sonach dort von einem Vorzugsrechte keine Rede sein könne, wo die Bedingungen der Gewährung desselben nicht unzweifelhaft vorliegen. Wenn nun als Bedingung bezüglich der über drei Jahre ausständigen Zinsen in allen betreffenden Gesetzesstellen eine gerichtliche Klage gefordert wird, so ist man wohl zu der Annahme nicht berechtiget, daß nachdem im §. 1497 des a. b. G. B. die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Rechtes der gerichtlichen Klage gleichgesetzt, und in beiden Fällen die Verjährung unterbrochen wird, das Vorzugsrecht der Zinsen auch dann erhalten werde, wenn eine Unterbrechung der Verjährung durch eine Anerkennung des Schuldners eingetreten ist.

§. 83.

Noch erübriget die Lösung der Frage: von welchem Zeipuncte das Triennium der rückständigen Zinsen in gewöhnlichen Executionsfällen zu berechnen ist?

Auch diesfalls mangelt es an einer sicher leitenden gesetzlichen Bestimmung. Gewöhnlich wird zu der Analogie mit der Anordnung in Concursfällen Zuflucht genommen, und so wie dort die Eröffnung des Concurses, hier der Tag der Ausschreibung des Versteigerungs-

edictes als Ausgangspunct des Trienniums angesehen. Es versteht sich übrigens von selbst, daß sowohl dem Executionsführer als auch allen übrigen Gläubigern, welche bereits klagbar auftraten, das Triennium vor Ueberreichung der Klage zu statten komme.

Fünfter Abschnitt.

Pfandrecht des Kaufschillingsrestes.

§. 84.

Dem Verkäufer einer Realität steht bezüglich des Kaufschillingsrestes kein gesetzliches Pfandrecht zu.

Im Landtafelpatente für Böhmen und Mähren vom 22. April 1794 wurde im §. 6 festgesetzt: „Das Ansuchen um Einverleibung eines Instrumentes, womit das Eigenthum gerechtfertiget wird, kann nur die Vormerkung dieses Eigenthumes bewirken, und sind die in einem solchen Instrumente enthaltenen andern wechselseitigen Verbindlichkeiten zur Vormerkung in dem Hauptbuche insolange nicht geeignet, bis nicht diese Vormerkung besonders angesucht wird." Für Mähren und Schlesien wird aber in der alten Cridaordnung vom 2. Mai 1644 dem Verkäufer eines unbeweglichen Gutes in Ansehung des rückständigen Kaufschillings, wenn auch keine Hypothek dafür bedungen und das Ansuchen um dessen Auszeichnung nicht gestellt wurde, durch die alleinige Einverleibung des Kaufcontractes zum Behufe des Eigenthumsrechtes ein Pfandrecht auf das veräußerte Gut eingeräumt.

Einige sind des Erachtens, daß im Grunde dieses alten Gesetzes noch heutzutage in Mähren und Schlesien dem Verkäufer bezüglich des Kaufschillingsrestes ein gesetzliches Pfandrecht zustehe *). Diese Ansicht stützt man auf die nachstehende Belehrung der Gesetzgebungshofcommission vom 19. Feb. 1824: „Die Vorschrift der Cridaordnung für Mähren und Schlesien vom 2. Mai 1644, daß der Verkäufer eines unbeweglichen Gutes in Ansehung des rückständigen Kaufschillings, wenn auch keine Hypothek dafür bedungen ist, durch Einverleibung des Kaufcontractes ein Pfandrecht auf das Gut erlange, sei in Rücksicht der Stadt- und Grundbücher in Mähren und Schlesien noch immer giltig" **). Es wird zwar bemerkt, daß man diese Beleh-

*) F. J. Schopf, Zeitsch. f. österr. Gel. 1831, S. 89.

**) Dieselbe Vorschrift ist in der Novelle Ee XXXII zur böhmischen Landesordnung für Böhmen erlassen worden.

rung nicht für ein giltiges Gesetz anerkennen wollte, weil sie nur für einen einzelnen Fall ertheilt wurde, und derselben keineswegs eine allgemeine Kundmachung nachgefolgt ist. Schopf meint jedoch, daß selbst im Falle, wenn jene Belehrung unterblieben wäre, kein Zweifel über den Bestand des bezüglich des Kaufschillingsrestes zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes erhoben werden könnte, und führt zur Rechtfertigung dieser Ansicht beiläufig nachstehende Gründe an: „Die fragliche Vorschrift der alten Cridaordnung wurde durch die Concursordnung vom 1. Mai 1781 nicht aufgehoben, denn die Concursordnung beschränkt sich in ihren Vorschriften auf das Verfahren und die Classification, zeichnet daher bloß das eigentliche Benehmen des Richters von der Eröffnung bis zur Beendigung des Concurses, die Pflichten der Verwalter und Vertreter der Masse, und die Rechte der Gläubiger unter sich vor. Wenn sonach die Concursordnung vom 1. Mai 1781 früher bestandene Patente, Gesetze und Gewohnheiten aufhob, so waren es nur solche, die einen Gegenstand einer Concursordnung bilden, nicht aber Bestimmungen über das gesetzliche Pfandrecht. Daß die Bestimmungen, wem ein gesetzliches Pfandrecht gebühre, keinen Gegenstand der Cridaordnungen bilden, erhellet aus den Festsetzungen des §. 17 der Concursordnung vom Jahre 1781, dann aus dem Hfd. vom 20. Juni 1782, Nr. 55 lit. f, aus der für Mähren erflossenen höchsten Entschließung vom 7. Februar 1783, Nr. 126, und am deutlichsten spricht sich hierüber das Hfd. vom 18. November 1785, Nr. 496 nachstehends aus: „Die Concursordnung habe sich in die Bestimmung: wem ein Pfandrecht, von was immer für einer Gattung dasselbe sein möge, gebühre, nicht im geringsten eingemengt, die stillschweigenden Pfandrechte nirgends aufgehoben, sondern die diesfalls in den verschiedenen Landen verschieden bestehenden Rechte beibehalten."

Schopf bemerkt weiter, daß das Landtafelpatent vom 22. April 1794 von dem gesetzlichen Pfandrechte des Kaufschillingsrestes zwar keine Erwähnung macht, wiewohl es andere gesetzliche Pfandrechte aufzählt; daß jedoch, abgesehen davon, daß dieses Patent auf Grundbücher keine Anwendung findet, und die Bestimmungen derselben auf Grundbücher nur bezüglich der Art und Weise der Führung derselben analog angewendet werden können, das Hfd. vom 18. September 1785 die Bestimmung der Art und Weise, wie ein Pfandrecht erworben werden kann, dem künftig erscheinenden Civilcodex vorbehält, also erklärt, daß diese Vorschriften nicht den Grundbuchsordnungen allein überlassen werden können. Wenn nun das a. b. G. B. wirklich die Lehre vom

Pfandrechte aufgenommen hat, so wurde doch im §. 450 und 470 bezüglich der Fälle des gesetzlichen Pfandrechtes, das Gesetz über das Cridaverfahren bezogen.

Hofrath Dr. Benoni *) ist dagegen der Ansicht, daß die Wirksamkeit des Gesetzes vom Jahre 1644 und der Nov. XXXII bereits aufgehört habe. Die Gesetze sind, wie Benoni bemerkt, bereits durch das Landtafelpatent für Böhmen und Mähren aufgehoben worden, und wiewohl dieses Patent nur bezüglich der Landtafel erlassen wurde, so ist wohl nicht anzunehmen, daß bezüglich der Grundbücher andere Bestimmungen in Kraft erhalten werden wollten, als bezüglich der Landtafel.

Die Hinweisungen der §§. 450 und 470 des a. b. G. B. auf die Concursordnung beweisen durchaus nicht, daß die fraglichen alten Gesetze aufrecht erhalten werden wollten. Denn die im §. 470 enthaltene Hinweisung auf das Verfahren in Concursfällen, bezieht sich bloß auf die Vorrechte der Gläubiger unter sich; man hat also keinen Grund, diesen Paragraphen hier anzuführen, da das Gesetz durch denselben auf keine Weise angedeutet hat, daß in dem Concursverfahren auch Bestimmungen darüber zu finden seien, wem ein gesetzliches Pfandrecht gebühre.

Der §. 450 des a. b. G. B. hat sich zwar auf das Verfahren in Concursfällen, nicht aber auf die Landesgesetze und Gewohnheiten, nicht auf die Statuten, auf die in der Novelle Ee XXXII und in der Cridaordnung vom Jahre 1644 enthaltene Ergänzung derselben bezogen.

Es dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen, daß Benoni's Ansicht die richtigere sei; die Richtigkeit derselben geht auch unverkennbar aus dem Streben der Gesetzgebung hervor, für das ganze Kaiserreich ein gemeinsames Gesetz zu erlassen, und nur dort abweichende Bestimmungen festzusetzen, wo eigenthümliche besondere Verhältnisse derlei Ausnahmen erheischen. Nach sorgfältiger Prüfung des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches hat sich jedoch nach dem Gutachten der Ländercommissionen nirgends die Nothwendigkeit ergeben, für einzelne Provinzen von dem allgemeinen Gesetz abweichende Bestimmungen zu erlassen. Es wurden daher im Einführungspatente alle älteren, das Privatrecht betreffende Gesetze aufgehoben, und die Landtafelpatente wurden nur bezüglich der Vorschriften über die Art und Weise, wie

---

*) Zeitsch. f. österr. Rechtsgel. 1832, Bd. 2., S. 3.

die Eintragungen in die öffentlichen Bücher zu geschehen haben, in Kraft erhalten. Dagegen sind wohl im §. 450 des a. b. G. B. bezüglich der gesetzlichen Pfandrechte die Bestimmungen der Concursordnung in Wirksamkeit erhalten worden, wobei es sich jedoch von selbst versteht, daß nur die zur Zeit der Kundmachung des a. b. G. B. noch giltigen Festsetzungen der Concursordnung, nicht aber die bereits früher durch das B. P. vom Jahre 1794 bereits aufgehobenen in Wirksamkeit erhalten werden wollten. Schopf meint, daß es sehr zweckmäßig war, dem Verkäufer bezüglich des Kaufschillingsrechtes ein gesetzliches Pfandrecht zu ertheilen: „der Käufer durfte in der Provinz Mähren um Sicherung seines Kaufschillings nicht besorgt sein. Denn begehrte der Käufer die Besitzungsanschreibung, so war das erstere Pfandrecht schon an und für sich begründet. Dem Verkäufer blieb das Ansuchen um Gewährung der Hypothek erlassen, und von Amtswegen mußte die Grundbuchsbehörde bei Errichtung der neuen Gewähr sogleich den Kaufschilling aus dem Contracte ob dem Besitzstande auszeichnen, ohne Unterschied, ob das Gut zur Sicherheit bestellt worden oder nicht, ohne Unterschied, ob der verpflichtete Käufer die Bewilligung zur Einverleibung ertheilte oder nicht.“

Allein abgesehen davon, daß es immer bedenklich erscheint, die Wirkung eines gesetzlichen Pfandrechtes erst von der wirklichen Vormerkung desselben abhängig zu machen, — weil durch ein Versäumniß der Landtafel belangreiche Nachtheile für den Verkäufer erwachsen können, der im Vertrauen darauf, daß diese Vormerkung von Amtswegen vorgenommen werden wird, um die Bewirkung derselben nicht ansucht; können einerseits die Vortheile des gesetzlichen Pfandrechtes durch das Uebereinkommen der Parteien erzielt werden, welche nicht säumen werden, wenn sie das Pfandrecht sich vorbehalten, um die Eintragung desselben anzusuchen, und andererseits kann es den Parteien gerade daran gelegen sein, daß sie ein, wenngleich nicht ganz ausbezahltes Gut lastenfrei übernehmen, und den Kaufschillingsrest auf einer anderen Realität des Käufers verbüchern.

In einer Beziehung glaube ich der Ansicht Schopf's beipflichten zu sollen, daß es wohl gerathen erschien, für den Fall, als die Gesetzgebung die Aufrechthaltung des gesetzlichen Pfandrechtes für den Kaufschillingsrest nicht beabsichtigte, dies durch eine besondere Vorschrift kundzumachen, zumal ein Zweifel hierüber belangreiche Beeinträchtigungen der Verkäufer, und jedenfalls ein verschiedenartiges Verfahren bei den einzelnen Grundämtern um so mehr zur Folge haben

kann, als selbst in der Belehrung der Gesetzbuchshofcommission vom 19. Februar 1824 die Ansicht ausgesprochen wird, daß die Vorschrift der Cridaordnung für Mähren und Schlesien vom 2. Mai 1644 in Rücksicht der Stadt- und Grundbücher in Mähren und Schlesien noch immer gelte.

Sechster Abschnitt.

Rechtswirkungen der Simultanhypotheken.

§. 85.

Eine Simultanhypothek kann auf verschiedene Art bestellt werden. Sie wird entweder gleich anfänglich bei Eingehung des Darlehensgeschäftes stipulirt, und zwar von dem Schuldner selbst, oder durch Hinzutritt einer dritten Person, welche Bürgschaft leistet, und diese auf ihr Gut intabuliren läßt; oder ohne die den Bürgen zu Statten kommende Bedingung einer Verbindlichkeit als Mitschuldner beitritt, und diesen Beitritt intabuliren läßt.

Die von dem Schuldner selbst gleich bei Eingehung des Darlehensgeschäftes eingeräumte Simultanhypothek, kann wieder verschiedener Art sein. Entweder werden mehrere Hypotheken nur unter der Bedingung eingeräumt, daß eine als Haupthypothek zu gelten habe, und aus den anderen die Befriedigung nur subsidiarisch eingeholt werden darf; oder es werden mehrere Hypotheken ohne diese Unterscheidung überlassen, und zwar in solidum oder pro rata, je nachdem auf jeder Hypothek die ganze Schuld oder nur ein Theil derselben intabulirt wird. Der Schuldner kann nachträglich eine Simultanhypothek bewilligen, und zwar wieder entweder bloß subsidiarisch, oder ohne alle Beschränkung, und zwar in solidum oder nur pro rata. Endlich kann dem Gläubiger in Gemäßheit des §. 438 des a. b. G. B. eine Ausdehnung der Hypothek auf anderweitige Güter des Schuldners bewilliget werden.

Ueber die Wirkungen aller dieser Simultanhypotheken geben die Tabulargesetze keine bestimmten Erklärungen. Hierüber sind lediglich analoge Bestimmungen des a. b. G. B. maßgebend.

Wir wollen versuchen, die einzelnen hiebei vorkommenden Fragen nach den Grundsätzen des a. b. G. B. zu lösen.

1. Vor Allem wollen wir den Fall erwägen, wenn der Schuldner gleich bei Eingehung des Geschäftes mehrere Tabularkörper als Hypotheken bestellt.

a) Ist darüber ein Uebereinkommen getroffen, daß eine dieser Hypotheken als Haupthypothek, und die andere nur für den Fall, wenn die erstere zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreichen würde, subsidiarisch als Hypothek zu gelten habe, und wurde dieses Uebereinkommen bei beiden Simultanhypotheken, oder auch nur bei jener Hypothek, welche nur subsidiarisch eingeräumt wurde, ersichtlich gemacht, so versteht es sich von selbst, daß diese Festsetzung maßgebend, und dem Gläubiger nur dann gestattet ist, auf die subsidiarische Hypothek zu greifen, wenn die bestellte Haupthypothek zu seiner Befriedigung nicht ausreicht. Eben so wenig wäre in diesem Falle der Schuldner berechtiget, dem Gläubiger die subsidiarische Hypothek als Zahlung anzuweisen. Denn wenngleich der §. 906 des a. b. G. B. festsetzt, „daß, wenn das Versprechen auf mehrere Art erfüllt werden kann, der Verpflichtete die Wahl hat,“ so gilt diese Regel offenbar nur dann, wenn im Vertrage hierüber keine Festsetzung enthalten ist. Ist dies aber, wie im fraglichen Falle geschehen, so muß der Vertrag so erfüllt werden, wie er bedungen wurde. Auch wenn Schuldner und Gläubiger einverstanden sind, so können sie doch von der ursprünglichen Festsetzung: „daß eine Hypothek nur subsidiarisch zu gelten habe,“ nicht mehr abgehen, wenn durch diese Aenderung Rechte dritter Personen alterirt werden würden. Denn, wiewohl der §. 1375 des a. b. G. B. die Gestattung ausspricht, daß Schuldner und Gläubiger ihre gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten umändern dürfen, so versteht sich dies doch nur von dem Falle, wenn dadurch kein Eingriff in die Rechte dritter Personen geschieht, was aus der Anordnung des §. 364 des a. b. G. B. unzweifelhaft zu ersehen ist. Sind daher auf der subsidiarischen Hypothek keine nachfolgenden Posten eingetragen, so kann durch wechselseitiges Einverständniß von dem Vertrage allerdings abgegangen, und die subsidiarische als Haupthypothek bestellt werden; was nicht mehr geschehen könnte, wenn nach der eingetragenen subsidiarischen Hypothek anderweitige Gläubiger pränotirt oder intabulirt wurden.

Gesetzt A hat zwei Häuser, jedes im Werthe von 20,000 fl. Auf dem Hause X haftet primo loco eine Forderung von 16,000 fl., für welche subsidiarisch (für den Fall, wenn die Befriedigung aus dem Hause X nicht erlangt werden sollte), auch das Haus Y als Hypothek bestellt wurde.

Titius nimmt keinen Anstand, dem A ein Darlehen von 10,000 fl. mit der Hypothek auf das Haus Y vorzustrecken, weil er sieht, daß

die erste Post nur eine subsidiarische Hypothek enthält, welche vertragsmäßig nur dann realisirt werden kann, wenn der Werth des Hauses X nicht ausreicht, und zwar nur insofern, als der erste Gläubiger seine volle Befriedigung aus der Haupthypothek nicht erhält. Würde es gleichwohl gestattet sein, auch ohne Einwilligung des Titius die subsidiarische Simultanhypothek in eine Haupthypothek umzuwandeln, und zur Befriedigung des ersten Gläubigers nicht das Haus X, sondern Y zu veräußern, so würde dadurch dem Titius ein Unrecht zugefügt werden, welches durch keine Gesetzesstelle gerechtfertiget werden könnte. Dasselbe Rechtsverhältniß tritt in dem Falle ein, wenn auf dem Hause Y nicht die subsidiarische Hypothek primo loco, sondern lediglich die Post von 10,000 fl. intabulirt wäre, und es dem Gläubiger im Einverständnisse mit dem Schuldner beifiele, ohne Einwilligung des nachfolgenden Hypothekargläubigers diese Satzpost in eine höhere, wodurch die Hypothek des letzteren geschmälert, oder gänzlich benommen werden würde, umzuwandeln. Hier wird doch Niemand behaupten, daß eine dergleichen Umwandlung gestattet sei.

b) Ist dagegen eine Simultanhypothek bei Eingehung des Darlehensgeschäftes ohne besondere Festsetzung, daß eine derselben nur subsidiarisch zu gelten habe, dem Gläubiger überlassen worden, so frägt es sich vor Allem, ob es von der Wahl des Gläubigers oder des Schuldners abhängt, welche dieser Hypotheken in Execution zu ziehen ist.

Schon nach dem Begriffe des Pfandes (Hypothek) wird dem Gläubiger das Recht eingeräumt, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, aus der verpfändeten Sache die Befriedigung zu suchen.

Dieses Recht steht bei Simultanhypotheken dem Gläubiger bezüglich jeder Hypothek zu; er kann daher sowohl die eine als die andere Hypothek, oder beide, oder auch mehrere zugleich in Execution ziehen. Dasselbe gilt wohl unzweifelhaft auch bei Faustpfändern, wenn Uhren, Ringe, Pelze zugleich als Pfänder überlassen wurden.

c) Sind mehrere Hypotheken nicht in solidum, sondern pro rata überlassen worden, so werden dergleichen Hypotheken nur uneigentlich Simultanhypotheken genannt, und bilden vielmehr für jeden Theil der Schuld abgesonderte Einzelhypotheken.

§. 86.

Bei einer Ueberlassung mehrerer Hypotheken in solidum wirft sich die weitere belangreiche Frage auf, was wohl Rechtens ist,

wenn der Gläubiger auf eine Realität die Execution geführt hat und aus dem Kaufschilling vollkommen befriediget wurde. Kömmt nun die Löschung der Simultanhypothek auf der zweiten Realität nur den nachfolgenden Hypothekargläubigern dieser Realität zu statten, oder ist den nachfolgenden leer ausgehenden Gläubigern der in Execution gezogenen Realität irgend ein Regreß auf die zweite Realität zuzugestehen?

Weder die Tabular- noch auch die Civilgesetze geben hierüber einen bestimmten Aufschluß.

Dr. Aussez *) ist der Ansicht, daß man nicht gehindert sei, nach Lehre des §. 7 des a. b. G. B. in dem analogen vom Gesetze bestimmt entschiedenen Falle der Correalität mehrerer Schuldner einen gesetzlichen Anhaltspunct zur Beurtheilung des Rechtsverhältnisses der Correalität mehrerer Hypotheken zu finden.

In eine weitere Auseinandersetzung hat sich Dr. Aussez nicht eingelassen **). Wir wollen nun in Erwägung ziehen, ob sich die aufgeworfene Frage thatsächlich nach den analogen Bestimmungen über die Correalität lösen lasse. Nimmt man an, daß die Gläubiger der einen und der anderen Simultanhypothek mit dem vorausgehenden Gläubiger, welchem auf beiden Realitäten Simultanhypotheken eingeräumt wurden, in einem analogen Verhältnisse wie Mitschuldner zur ungetheilten Hand stehen, daß nämlich die gesammten Gläubiger der einen Realität einen Mitschuldner zur ungetheilten Hand, und die Gläubiger der anderen als Simultanhypothek bestellten Realität den zweiten Mitschuldner repräsentiren, so wäre in Gemäßheit der Festsetzung des §. 896 des a. b. G. B. ***) die obige Frage dahin zu lösen, daß, wenn von mehreren Simultanhypotheken nur eine in Execution gezogen wurde, die leer ausgehenden Gläubiger mit ihren Forderungen auf die Hälfte der auf der zweiten Realität haftenden Simultanhypothek auch ohne besondere Rechtsabtretung, und zwar in derselben Reihenfolge, wie sie auf der in Execution gezogenen Realität intabu-

---

*) Handbuch über das Tabular-Verfahren. S. 19.

**) Siehe hierüber die trefflichen Abhandlungen von Kopezky, Zeitschrift für österr. Rechtsg. 1836 Bd. I. S. 181, und von Zlobitzky v. J. 1839, Bd. I. S. 129.

***) „Ein Mitschuldner zur ungetheilten Hand, welcher die ganze Schuld aus dem Seinigen abgetragen hat, ist berechtiget, auch ohne geschehene Rechtsabtretung, von den übrigen den Ersatz, und zwar, wenn kein anderes besonderes Verhältniß unter ihnen besteht, zu gleichen Theilen zu fordern.“

lirt waren, zu übertragen sind. Man könnte vor Allem des Dafürhaltens sein, daß die auf der zweiten nicht in Execution gezogenen Realität intabulirten nachfolgenden Gläubiger keinen Grund hätten, sich über ein Unrecht zu beklagen, indem einerseits die eine Hälfte der Simultanhypothek des aus der ersten Realität befriedigten Gläubigers ihnen zu statten kommt; andererseits es von der Wahl des Gläubigers abhing, die Execution nicht auf die erste, sondern auf die zweite Realität zu führen, in welchem Falle sie sich die Schmälerung der Hypothek, oder wenn die analoge Anwendung der Festsetzung des §. 896 des a. b. G. B. unstatthaft wäre, ohne allen Regreß gefallen lassen müßten.

Gesetzt, dieselbe Forderung von 20,000 fl. der Creditanstalt ist auf dem Gute Born und Burg am ersten Platze intabulirt; auf dem Gute Born haften für Luzern 12,000 fl. am zweiten Platze, und für Brand am dritten Platze 5000 fl.; dagegen auf dem Gute Burg für Malvento 10,000 fl. am zweiten Platze, für Corpo am dritten Platze 5000 fl., und für Bacco am 4. Platze 10,000 fl. Die Creditanstalt zieht das Gut Born in Execution, welches um 20,000 fl. veräußert wird.

Werden nun die auf dem Gute Born und die auf dem Gute Burg intabulirten Gläubiger, auf deren Hypotheken die Forderung der Creditanstalt in solidum haftet, dieser Creditanstalt gegenüber, als zwei Mitschuldner zur ungetheilten Hand angesehen, so wäre es wohl unzweifelhaft, daß wenn die Hypothek des einen Mitschuldners (der darauf intabulirten Gläubiger) in Execution gezogen wurde, demselben (d. i. den darauf intabulirten Gläubigern) ein Regreß gegen den anderen Mitschuldner zur ungetheilten Hand (d. i. den auf der anderen Realität intabulirten Gläubigern) zustehe; daß sonach die Gläubiger der anderen Realität die eine Hälfte der Forderung der Creditanstalt den Gläubigern der in Execution gezogenen Realität Born ersetzen, d. i. gestatten müßten, daß für die auf dem Gute Born intabulirten Gläubiger, welche leer ausgingen, also als eigentliche Zahler anzusehen sind, die Hälfte der auf dem Gute Burg intabulirten Simultanhypothek überlassen werde.

So richtig diese Analogie zu sein scheint, so würden wir doch einiges Bedenken tragen, die Anordnung des §. 896 des a. b. G. B. auf den gegebenen Fall anzuwenden.

Wenn man auch zugeben wollte, daß eine dergleichen analoge Anwendung keine Ungerechtigkeit enthalte, daß es sogar wünschens-

werth wäre, wenn durch ein ausdrückliches Gesetz diese analoge Anwendung verordnet werden würde, um die Befriedigung der Gläubiger der einen oder der anderen Realität nicht von der Laune des Gläubigers, dem eine Simultanhypothek eingeräumt wurde, abhängig zu machen; wenn es ferners unzweifelhaft ist, daß ein derlei ausdrückliches Gesetz auch zur Förderung des Credites nicht wenig beitragen würde; *) so wären doch alle diese Gründe bloß de lege ferenda, denn ein ausdrückliches Gesetz, welches eine derlei Uebertragung zuließe, besteht nicht, und die Analogie des §. 896 ist meines Bedünkens aus nachstehenden Gründen unzuläßig.

Zuvörderst ist es nicht zu übersehen, daß die intabulirten Gläubiger keineswegs Schuldner des Gläubigers sind, dem Simultanhypotheken angewiesen wurden; sie können sonach auch nicht als Mitschuldner zur ungetheilten Hand angesehen werden. Es mag die Befriedigung des Gläubigers, dem Simultanhypotheken eingeräumt wurden, aus was immer für einer Realität erfolgen, so hat die Zahlung der Eigenthümer als Schuldner aus seinem Hab' und Gut, nicht aber der auf dem Gute hypothecirte Gläubiger geleistet. Auch von einem Unrechte, welches bei einer Nichtzulassung der analogen Anwendung des §. 896 auf den vorwürfigen Fall den leer ausgehenden Gläubigern zugefügt werden würde, kann keine Rede sein, denn Jeder auf dem zweiten und dritten Platze intabulirte Gläubiger wußte es, daß seiner Forderung die Simultanhypothek vorausgeht, und daß es vom Belieben der Creditanstalt abhängt, die eine oder die andere Realität in Execution zu ziehen; zu dem kommt, daß es auch jedem folgenden Gläubiger unbenommen blieb, bei Vorstreckung des Darlehens für sich gleichfalls eine Simultanhypothek zu erwirken, wodurch er mitunter einen noch größeren Vortheil erzielt, als durch die analoge Anwendung des §. 896 ihm zugewendet werden will; da er auf der zweiten nicht in Execution gezogenen Realität nach Befriedigung des ersten Gläubigers und nach sofortiger Löschung der ersten Post höher hinaufkömmt und nicht nur wie bei der analogen Anwendung des §. 896, die Hälfte der ersten Post, sondern wenn er auch auf der

*) Man denke sich den Fall, daß der Creditanstalt im obigen Beispiel eine Simultanhypothek auf alle fünf Güter des Schuldners eingeräumt wurde, von welchem jedes einzelne nicht vielmehr als 20,000 fl. werth ist; wer würde wohl dem Schuldner auf irgend eine dieser Hypotheken einen Betrag leihen, wenn er Gefahr laufen müßte, daß die Creditanstalt gerade auf das ihm als Hypothek eingeräumte Gut die Execution führt und ihm kein Regreß zustände.

nicht in Execution gezogenen Realität am zweiten Platze intabulirt war, die ganze Post zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen darf. Würden nun, im obigen Beispiele, die Gläubiger des Gutes Born auch auf dem Gute Burg in derselben Reihenfolge intabulirt sein, so würde, nachdem aus dem Kaufschilling des Gutes Born die erste Satzpost bezahlt wurde, der zweite Gläubiger Luzern nicht nur die Hälfte der gelöschten ersten Post, d. i. nicht nur 10,000, sondern, da er auf den ersten Platz vorrückt, seine volle Befriedigung mit 12,000 fl. erhalten.

Die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Correalität auf den fraglichen Fall würde übrigens gegen alle Grundsätze des Pfand- und Hypothekenrechtes verstoßen, und dem auf einer Realität gar nicht intabulirten Gläubiger Pfandrechte und noch dazu Vorzugsrechte vor anderen intabulirten Gläubigern einräumen.

Wahr ist es, daß die Creditanstalt ihre Hypothek einem dritten, noch gar nicht intabulirten, sonach auch einem auf einer Simultanhypothek intabulirten Gläubiger abtreten könne. Dieses Recht kann sie aber nur so lange üben, so lange sie noch nicht befriediget worden ist. — Hat sie aber die Zahlung durch Veräußerung der einen Realität bereits erhalten, so hört ihr Verfügungsrecht über die Simultanhypothek auf, und der Eigenthümer ist berechtiget zu begehren, daß die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht werde.

Mit den eingeräumten Simultanhypotheken haftet der Eigenthümer lediglich für die Schuld, für welche die Hypothek bestellt wurde, und zwar dem Gläubiger oder dessen Rechtsnehmer, und ist nur schuldig, die durch die Befriedigung des am ersten Platze gesetzten Gläubigers leer gewordene Stelle dem nächstfolgenden, nicht aber einem auf einer ganz anderen Realität intabulirten Gläubiger einzuräumen.

Einer anderen Ansicht ist Gönner*). Nach seinem Dafürhalten ist es, wenn Mehrere in solidum für eine Forderung haften, in der Rechtssphäre gleichgiltig, ob jene Solidarhaftung aus einem persönlichen, oder aus einem dinglichen Verhältnisse entspringe, ob es auf Personen oder Sachen sich beziehe.

Das Hypothekengesetz habe bei den Gesammthypotheken einen neuen Fall der Correalität hervorgebracht, und man könne diese als correalitas realis von der correalitas personalis unterschei-

*) Commentar Bd. 1., Seite 172, 208, 463, 565, Bd. 2., S. 264.

den, jedoch so, daß beide nur species der Correalität sind, welche dasjenige, was von derselben als genus gilt, gemeinschaftlich haben.

Kopezky bemerkt dagegen in seinen Abhandlungen über Gesammthypotheken*), daß diese Ansicht von der correalitas realis nicht durchaus haltbar zu sein scheine.

Insbesondere hebt er hervor, daß es nicht erklärbar wäre, wie man eine Correalität bei den nach einer Gesammthypothek auf einem oder dem anderen Immobile eingetragenen Gläubigern, also bei den postlocirten Gläubigern annehmen könne, so, daß durch letztere die vorausgehende Gesammthypothek in ihrer rechtlichen Wirkung beschränkt werden könne, da sie doch in keiner gegenseitigen rechtlichen Verbindung stehen.

Kopezky bemerkt weiters**):

„Wer auf ein Immobile, worauf bereits eine Forderung haftet, noch ein Darlehen gibt, der muß ja wissen, daß diese Forderung ihm vorgehe, daß dieser Gläubiger bei Realisirung der Hypothek zuerst befriedigt werden müsse, daß er hiezu kraft der früher erworbenen Hypothek berechtiget sei. Der Umstand, daß der frühere Gläubiger auch wegen eben dieser Forderung auf anderen Immobilien des Schuldners eine Hypothek, also eine Gesammthypothek besitze, die Meinung, daß er vielleicht seine Befriedigung nicht allein aus einem, sondern aus beiden Immobilien verhältnißmäßig suchen werde, soll und darf dem zweiten Darleiher oder Gläubiger zu keinem Motiv dienen, weil ihm die Rechtswirkung einer Gesammthypothek und das dem vorausgehenden Gläubiger zustehende Wahlrecht bekannt sein soll.

Die Rechte der Hypothekargläubiger werden nicht durch das anderweitige Vermögen ihres Schuldners, oder durch Aussichten und Hoffnungen, sondern lediglich durch die Eintragung auf das ihnen speciell verpfändete Immobile und auf dem ihnen dort angewiesenen Locus bestimmt."

Kopezky ist jedoch des Erachtens, es könne aus dem Angeführten noch nicht der Schluß gezogen werden, daß der vorausgehende Gläubiger, obschon innerhalb der Grenzen seiner Rechtsbefugniß, mit seiner Gesammthypothek willkürlich bloß zum Nachtheil der postlocirten Gläubiger disponiren könne, ohne für sich einen Vortheil zu erhalten, oder überhaupt ein Interesse dabei zu haben; er soll viel-

---

*) Zeitschrift für öst. Rechtsgel. 1836 Hft. 4. S. 193.

**) a. a. O. S. 201.

mehr da, wo sich sein Interesse mit dem ihrigen vereinigen läßt, auf ihr Verlangen demselben gemäß handeln. Hiernach läßt sich wohl in einem solchen directen Collisionsfalle der allgemeine Grundsatz aufstellen, „daß zwar der Gläubiger in der Realisirung seiner Gesammthypothek durch die nachfolgenden Gläubiger nicht beirrt werden könne, daß er aber auch zu ihrem Schaden mit seiner Forderung, und hiernach auch mit seiner Gesammthypothek keine Veränderung vornehmen dürfe; daß er vielmehr da, wo sich sein Interesse mit dem ihrigen ohne seinen Nachtheil vereinigen läßt, keine Hindernisse legen soll."

Mit diesem Grundsatze können wir uns nicht einverstanden erklären*), da derselbe im grellen Widerspruche mit den Bestimmungen des Pfandrechtes steht, und wie Kopezky selbst zugibt, zunächst nur auf der aequitas beruht. Allerdings bleibt es Jedermann unbenommen, sein Recht nach Billigkeit auszuüben; eine Verpflichtung hiezu kann ihm jedoch im Privatrechte nicht auferlegt werden**).

§. 87.

Den obigen Grundsatz sucht Kopezky in einigen Fällen nachstehends in Anwendung zu bringen.

---

*) v. Stubenrauch bemerkt in seinem trefflichen Commentar des a. b. G. B. Th. II. S. 100, daß er dieser Ansicht, so scharfsinnig sie auch sein mag, nicht beipflichten könne. Kopezky selbst leitet den von ihm vorangestellten Grundsatz zunächst nur aus der aequitas ab, die aber bei uns nicht als Gesetzesquelle angesehen werden kann. Etwas anderes ist es, eine Lücke des Gesetzes an der Hand der natürlichen Rechtsgrundsätze ausfüllen (§. 7), und etwas Anderes, aus Gründen der Billigkeit vom strengen Rechte abweichen. Schon der Umstand, daß der Gläubiger D seine theilweise Befriedigung aus einem Immobile erhält, daß ihm gar nicht verpfändet war, scheint das Unhaltbare der Kopezky'schen Theorie darzuthun; eben so wenig dürfte die Fiction eines Particularconcurses, der unserem Gesetze gänzlich fremd ist, gerechtfertiget werden können.

**) Habe ich die Wahl, entweder auf meinen ganzen Grund ein einstockhohes, oder auf der Hälfte des Grundes ein zweistockhohes Gebäude aufzuführen' wodurch ich aber meinem Nachbarn die Aussicht gänzlich benehmen würde; — so ist es von mir wohl löblich, wenn ich auf beiden Hälften meines Grundes lediglich ein einstockhohes Gebäude aufführe; — nach §. 364 des a. b. G. B. habe ich aber allerdings das Recht, auf der einen Hälfte ein zweistockhohes Haus bauen zu lassen, wenngleich dadurch mein Nachbar einen wesentlichen Nachtheil erleiden müßte. Ganz analog ist der Fall der Simultanhypotheken. Ich kann aus einer Realität die volle Befriedigung suchen, wenngleich für die postlocirten Gläubiger kein Deckungspfand erübrigen würde.

1. Wenn alle conjunctim verpfändeten Immobilien zugleich öffentlich feilgeboten werden *).

Kopezky nimmt den Fall an, daß mehrere Hypotheken, welche einem Gläubiger verschrieben wurden, zugleich in Execution gezogen und sofort veräußert werden und ist des Dafürhaltens, daß in diesem Falle die Befriedigung des Gläubigers verhältnißmäßig mit Anwendung der Societätsregel aus dem Erlöse für alle Realitäten zu erfolgen habe **). Auf ähnliche Art wird in dem baierischen Hypotheken-

*) Hier wird lediglich die öffentliche nothwendige Feilbietung besprochen, und zwar in oder außer dem Concurse, da eine freiwillige Versteigerung oder Ueberlassung eines Gutes an einen Dritten, sie mag gerichtlich oder außergerichtlich geschehen, den darauf eingetragenen Gläubigern, wenn sie nicht vorläufig darüber vernommen worden sind, ohnehin nicht nachtheilig sein kann. (Pat. v. 9. April 1782 Nr. 40.)

**) Es wären z. B. drei Immobilien:

	Ein Haus,	ein Acker,	eine Wiese.
Auf jedem derselben haften conjunctim für den A . .	3000 fl.	3000 fl.	3000 fl.
auf jedem aber mit speciellen Hypotheken folgende Gläubiger:	B mit . . . . 1000 fl.	C mit 500 fl.	D mit 2000 fl.

Gesetzt nun, A executirt wegen seiner Forderung pr. 3000 fl. alle drei Immobilien; das Haus wurde um . . . . 3000 „
der Acker um . . . . 1000 „
die Wiese um . . . . 2000 „ verkauft.
Zusammen 6000 fl.

Verlangt nun A seine Befriedigung aus dem Kaufschillinge des Hauses, so würde B mit seiner secundo loco eingetragenen Forderung ganz durchfallen, obschon er befriediget werden könnte, wenn A sämmtliche Erlöse beiziehen würde. Kopezky glaubt, daß B wegen der ihm drohenden Verlustgefahr dies allerdings verlangen dürfe, da hier der Fall einer Collision der Rechte zwischen dem A und B eintritt, folglich der oben aufgestellte Grundsatz zur Anwendung kommt, indem der Gläubiger A keinen Schaden leidet, in jedem Falle seine volle Befriedigung erhält, hiernach sein Interesse mit jenem der postlocirten Gläubiger vereinigt werden kann. Kopezky meint, daß nach der Societätsregel die Kaufpreise aller conjunctim belasteten Immobilien zusammen zu rechnen, dann die Summe der Forderungen entgegen zu halten und hiernach der jedes Immobile treffende Antheil zu berechnen sei. Dem zufolge würde A aus dem Kaufpreise des Hauses drei Sechstel, d. i. 1500 fl., aus dem Kaufpreise des Ackers ein Sechstel, d. i. 500 fl., und aus dem Kaufpreise der Wiese zwei Sechstel, d. i. 1000 fl., also zusammen 3000 fl. erhalten. Von den postlocirten Gläubigern erhält B 1000 fl., C 500 fl. und D 1000 fl., und zwar jeder von dem Erlöse der ihm speciell verpfändeten Immobilien. Da nun D von seiner Forderung nur 1000 fl. erhält, so kann er nach dem Dafürhalten Kopezky's verlangen, daß ihm zu eigener Entschädigung die von dem Hause

gesetze vom Jahre 1822, und eigentlich in der Prioritäts-Ordnung §§. 18 und 19 zur Abwendung des Verlustes der postlocirten Gläubiger dadurch gesorgt, daß in dem Falle, als durch die Anweisung der ganzen, mit ungetheilter Summe auf mehreren Immobilien eingetragenen Forderung auf den Erlös eines oder des andern derselben, nicht alle auf den verschiedenen Immobilien eingetragenen Forderungen befriediget werden können, die Kaufschillige aller dieser verhypothecirten Immobilien zusammengeworfen, und aus dem Gesammterlöse die auf alle verhypothecirten Immobilien eingetragenen Forderungen nach der Priorität der Zeit, ohne Unterschied, auf welche Immobilien sie ursprünglich eingetragen waren, locirt werden. Dieses soll nach der Meinung Gönners nicht nur in, sondern auch außer einem Concurse Anwendung haben, da überall derselbe Grund des Gesetzes eintritt.

Kopezky wendet dagegen ein, (a. a. O. S. 206) daß durch dieses Verfahren dem Grundsatze der Specialität, wornach ein Gläubiger nur aus der ihm verpfändeten Sache seine Befriedigung zu erhalten hat, zuwider gehandelt wird, indem hier nur zu leicht der Fall eintreten kann, daß einer der postlocirten Gläubiger, obschon er von dem ihm speciell verpfändeten Immobile befriediget worden wäre, doch durchfalle, wenn ihm ein auf einem andern Immobile eingetragener Gläu-

---

erübrigten 500 fl. zugewiesen werden, denn diese würden sonst dem Schuldner zufallen, der doch darauf keinen gegründeten Anspruch machen kann, so lange ein Hypothekengläubiger unbefriedigt bleibt. Kopezky meint, daß eine Concurrenz der Gläubiger bei der Execution eines Immobile und bei der Vertheilung des Erlöses einem Particular-Concurse gleichzuhalten, da es in rechtlicher Beziehung gleich ist, ob bei einer aus einer Simultanhypothek entstandenen Collision ein nachstehender Gläubiger in oder außer dem allgemeinen Concurse seine Forderung verlieren soll. Daß aber dessenungeachtet der Gläubiger D von seiner Forderung noch 500 fl. verliert, das muß er sich gefallen lassen, da dieses nicht eine Folge der Ausübung der Gesammthypothek, sondern der Unzulänglichkeit des Erlöses für die ihm speciell verpfändete Wiese erscheint.

Man nehme aber in dem gegebenen Beispiele an, daß der Erlös aus der speciellen Hypothek für zwei Gläubiger unzulänglich ist, daß z. B. für B auf dem Hause 1600 fl., und für D auf der Wiese 1400 fl., für C auf dem Acker nur 100 fl. intabulirt sind; so erübrigt vom Kaufschillinge der Wiese nach Abschlag des für A entfallenden Betrages von 500 fl. nach Befriedigung des C noch 400 fl. Wie sollen nun diese 400 fl. unter B und D getheilt werden? B hat noch 100 und D noch 400 fl. zu fordern. Soll nun B ein Fünftel und D vier Fünftel dieser erübrigenden 400 fl. erhalten? oder soll, wie im baierischen Hypothekengesetze festgesetzt wird, die Priorität der Eintragung auf dem Hause und der Wiese auch bezüglich des Ackers maßgebend sein, auf welchem weder B noch D irgend eine Hypothek erlangte?

biger in der Priorität vorgeht, und daher vom Gesammterlöse vor ihm befriediget wird. Aber auch gegen das von Kopezky vorgeschlagene Verfahren wird mit Grund eingewendet, daß die Befriedigung der postlocirten Gläubiger aus dem Erlöse einer Realität erfolgt, auf welche ihnen gar kein Pfandrecht eingeräumt wurde; bezüglich welcher sie sonach nicht nur mit den auf anderen Realitäten einverleibten, sondern auch mit allen auf keiner Realität intabulirten Gläubigern concurriren.

Weder das eine noch das andere Verfahren ist in den österreichischen Tabulargesetzen gegründet.

2. Wenn von den conjunctim verpfändeten Immobilien nur das eine oder das andere verkauft wird.

Sucht ein Gläubiger, dem eine Simultanhypothek eingeräumt wurde, seine Befriedigung nur aus Einem Immobile, so kann nach Kopezky's Ansicht (a. a. O. S. 209) „ein postlocirter Gläubiger wegen der Gefahr des Verlustes seiner Forderung nur dann nicht verlangen, daß auch die übrigen Realitäten veräußert werden, wenn auf denselben gleichfalls anderweitige Lasten haften; da hieraus nur zu leicht nicht nur für den Schuldner, sondern auch für die übrigen Gläubiger Nachtheile entstehen könnten. Im Falle jedoch, wenn unter den conjunctim verpfändeten Immobilien eines von allen Nachhypotheken frei wäre, und der Gläubiger nur die übrigen mit Nachhypotheken Belasteten zum Nachtheile der postlocirten Gläubiger feilbieten lassen will, könnte der Gläubiger mit Einwilligung des Schuldners gezwungen werden, sich an das mit Nachhypotheken nicht belastete Immobile zu seiner Befriedigung zu halten und die übrigen frei zu lassen, weil er in diesem Falle offenbar sein Wahlrecht zum Schaden der postlocirten Gläubiger ausüben würde, er selbst keinen Nachtheil zu besorgen hat."

Diese ganz willkürliche Annahme ist jedoch in keinem Gesetze gegründet. Dem Gläubiger, dem eine Simultanhypothek eingeräumt wurde, bleibt es, so lange darüber kein Gesetz erlassen wird, daß er an eine bestimmte Ordnung gebunden sei, unbenommen, nach Belieben, aus einer oder der anderen Realität seine Befriedigung zu suchen. Wie ließe es sich wohl rechtfertigen, den auf einer Realität intabulirten Gläubiger, falls er aus derselben seine volle Befriedigung findet, zu zwingen, daß er auch eine zweite und dritte Realität in Execution ziehe und sich bedeutende Auslagen aufbürde. Gesetzt, der Schuldner habe drei Dörfer, A im Werthe von 50,000 fl.; B im Werthe von

6000 fl., und C im Werthe von 20,000 fl.; auf allen diesen Realitäten haftet eine Forderung der Creditanstalt von 25,000 fl. Auf dem Dorfe A sind secundo loco 30,000 fl. versichert. Die Creditanstalt erhält ihre volle Befriedigung aus der Veräußerung des Dorfes A, während für den secundo loco intabulirten Gläubiger nur 25,000 fl. erübrigen. Soll nun die Creditanstalt verhalten werden, die Execution lediglich auf die lastenfreien Dörfer B und C zu führen? sich viel größere Auslagen aufzubürden, und im Falle diese Dörfer nur um 24,000 fl. verkauft werden, auch auf das Dorf A die Execution zu führen? Kann wohl ein postlocirter Gläubiger das Recht der Creditanstalt, aus der Hypothek A die Befriedigung zu suchen, alteriren, oder hätte der auf A secundo loco intabulirte Gläubiger nicht vielmehr selbst durch die Erwirkung einer Hypothek auf B und C für die erforderliche Sicherheit sorgen sollen?

§. 88.

Ueber das Ersatzrecht der durch unverhältnißmäßige Befriedigung eines vorgehenden Gesammt-Hypothekargläubigers verkürzten nachfolgenden Gläubiger hat auch der Landrechts-Vicepräsident Zlobitzky mit Bezug auf die eben besprochene Ansicht Kopezky's einen trefflichen Aufsatz geliefert *), in welchem er jedoch bemerkt, daß ihm nie ein Fall vorgekommen ist, wo von verkürzten Gläubigern ein Versuch gemacht worden wäre, das von ihm behandelte Ersatzrecht anzusprechen, obschon ihm mehrere Fälle einer augenscheinlichen, durch eine vorhergehende Gesammthypothek herbeigeführten Verkürzung der nachfolgenden Hypothekargläubiger vorkamen.

Z. gibt zu, daß wenn einem Gläubiger eine Hypothek rücksichtlich einer und derselben Forderung auf mehrere unbewegliche Güter, d. i. eine Gesammthypothek zusteht, er die freie Wahl habe, aus welchem einzelnen Gute er seine Befriedigung, und zwar im Ganzen, oder zum beliebigen Theile suchen wolle; die demselben nachfolgenden Hypothekargläubiger haben kein Recht, die von Jenem rücksichtlich seiner Befriedigung getroffene Wahl wie immer zu beirren, denn hierin besteht das Wesen des Pfandes, oder der Hypothek, daß das früher erworbene Pfandrecht durch das spätere nicht beirrt werden könne. Das Pfandrecht erstreckt sich aber auf jedes Pfandstück rücksichtlich der gan-

---

*) Zeitschr. für österr. Rechtsg. 1839, Hft. III. S. 130 u. f. w.

zen Forderung. Die sämmtlichen nachfolgenden Gläubiger der Gesammt-Hypothekargüter befinden sich vor der Wahl des exequirenden Gesammt-Hypothekargläubigers in dem Zustande der Abhängigkeit von einem Zufalle, welches Gut nämlich, und zu welchem Betrage seiner Forderung, derselbe zu seiner Befriedigung ausersehen werde, dem zufolge möglicherweise aller Verlust den Einen, aller Gewinn den Andern treffen kann; sucht der exequirende Gläubiger seine volle Befriedigung aus dem einen Gute, so können die auf diesem Gute nachfolgend verbücherten Gläubiger mit ihrem Hypothekarrechte ganz durchfallen, während die auf den übrigen Gütern Versicherten ihre Befriedigung unverkürzt erlangen; dasselbe ist wechselweise der Fall, wenn der exequirende Gläubiger ein anderes Gut zu seiner Befriedigung wählt.

Z. meint jedoch, man könne nicht sagen, daß die nachfolgenden Hypothekargläubiger sich eine solche Verkürzung deshalb gefallen lassen müssen, weil sie wissen mußten, daß der vorgehende Gesammt-Hypothekargläubiger seine volle Befriedigung aus jedem einzelnen Gute verlangen könne; denn Diejenigen, welche nach bereits erworbener Gesammthypothek rücksichtlich des einen Gutes neuerdings Credit geben, oder Geschäfte abschließen, haben die Möglichkeit der Befriedigung des Gesammtgläubigers aus dem andern Gute vor Augen, verdienen also eben aus Rücksicht für die Belebung des Credits einen rechtlichen Schutz, dem zufolge nicht aller Nachtheil sie treffe, das „cuique suum" spricht jedenfalls für die gleichmäßige Vertheilung der Nachtheile unter alle, sich in gleicher Lage Befindenden.

Z. bemerkt weiters, daß das a. b. G. B. über den vorliegenden Fall, nämlich ob und in wiefern die nachfolgenden Hypothekargläubiger nach Befriedigung eines vorgehenden Gesammt-Hypothekargläubigers aus einem unbeweglichen Gute einen Anspruch auf Ersatz der hiedurch erlittenen Verkürzung aus den übrigen Gesammt-Hypothekargütern haben, keine ausdrückliche Bestimmung enthält; allein der §. 7 desselben setzt fest, daß, wenn sich ein Fall nicht aus den Worten des Gesetzes entscheiden läßt, auf ähnliche in dem Gesetze bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe verwandter Gesetze Rücksicht genommen werden müsse. Ein solcher ähnlicher und verwandter Fall ist aber in dem §. 1359 und dem daselbst citirten §. 896 des a. b. G. B. auf das Bestimmteste entschieden. Der §. 1359 sagt: „Haben für den nämlichen ganzen Betrag mehrere Personen Bürgschaft geleistet, so haftet jede für den ganzen Betrag; hat aber Eine von ihnen die ganze

Schuld abgetragen, so gebührt ihr gleich dem Mitschuldner (§. 896) das Recht des Rückersatzes gegen die übrigen."

Z. wendet diese Grundsätze auf die Gesammthypothek nachstehends an: „Sind für den nämlichen Betrag mehrere Güter verpfändet, so haftet jedes für den ganzen Betrag; ist aber aus einem Gute die ganze Schuld abgetragen worden, so gebührt dem Eigenthümer dieses Gutes gleich dem Mitschuldner (§. 896) das Recht des Rückersatzes gegen die übrigen Gutseigenthümer oder Güter. Z. nimmt in Folge der Bestimmungen der §§. 429, 433, 148 und 151 der gal. G. O. an, daß die intabulirten Gläubiger das Eigenthum des Gutes vorstellen. „Da nun," fährt Z. weiters fort, „durch Befriedigung des vorgehenden Gesammt-Hypothekargläubigers, der den nachfolgenden Gläubigern zur Befriedigung zugewiesene Realfond geschmälert wird, so sind sie es, die aus dem ihnen zugewiesenen Befriedigungsfonde die vorgehende Gesammt-Hypothekarforderung abtragen, denen also das Recht zur verhältnißmäßigen Reintegrirung dieses ihres Realfondes durch Uebertragung ihres Ersatzrechtes auf die andern Güter, und zwar an die Stelle der auf den anderen Gütern haftenden befriedigten Gesammt-Hypothekarforderung zusteht. Hierdurch wird keine neue Hypothek gegründet, sondern nur das Subject der bereits bestehenden geändert. Man kann nicht sagen, daß den verkürzten Gläubigern kein Ersatzrecht zustehe, weil sie nur das leiden, was sie nach den gesetzlichen Vorschriften leiden müssen; dasselbe ist auch bei dem Bürgen der Fall; auch er zahlt nur das, was er nach dem Gesetze zu zahlen schuldig ist, was er zu zahlen übernommen hat, und doch spricht ihm das Gesetz das Ersatzrecht zu. Obschon dieses Ersatzrecht vorzüglich und unmittelbar den verkürzten Gläubigern zukommt, so könnte doch selbst der Gütereigenthümer dasselbe ausüben, wenn die Gesammt-Hypothekargüter verschiedenen Eigenthümern gehören, und keine Verkürzung der nachfolgenden Gläubiger rücksichtlich des einen verkauften Gutes eingetreten ist. Das Ersatzrecht der verkürzten Gläubiger tritt an die Stelle der aus einem Hypothekargute berichtigten Post in den andern Gesammthypotheken; denn wer die Schuld eines Andern bezahlt, welches der Fall der verkürzten Gläubiger, wie gezeigt wurde, ist, tritt nach §. 1358 des a. b. G. B. in die Rechte des befriedigten Gläubigers, und dieser muß Jenem auch die Sicherstellungsmittel ausliefern; durch die Abtretung der Rechte und Sicherstellungsmittel muß der verkürzte Gläubiger daher dieselbe Sicherheit erlangen, welche dem abtretenden Gläubiger zustand, d. i. er muß an dieselbe Stelle

kommen, an welcher dem befriedigten Gesammt-Hypothekargläubiger die Hypothek auf den übrigen Gütern zustand."

§. 89.

Widerlegung.

Es ist allerdings wahr, daß die postlocirten Gläubiger bei Simultanhypotheken, wie Z. ganz richtig bemerkt, in dem Zustande der Abhängigkeit von einem Zufalle sich befinden, indem mitunter ihre Befriedigung davon abhängt, ob der Simultangläubiger auch die Realität, auf welche sie besonders verbüchert sind, in Execution ziehen werde; allein in diese Lage haben sie sich freiwillig versetzt, müssen sich daher die Folgen ihrer Leichtfertigkeit, daß sie auf die Möglichkeit gerechnet haben, der Simultangläubiger werde ihre specielle Hypothek nicht in Execution ziehen, sondern seine Befriedigung aus einer anderen Realität suchen, selbst beimessen; zumal sie diesem Zufalle keineswegs ausgesetzt wären, wenn sie sich nicht mit einer Einzelnhypothek begnügt hätten. So wie sie ihre postlocirte Forderung auf allen Realitäten der Simultanhypothek intabuliren lassen, ist von einer Beeinträchtigung keine Rede; denn wenngleich der Simultangläubiger, aus welch' immer Realität, seine Befriedigung sucht, so tritt in diesem Falle der postlocirte Gläubiger bei jeder Realität an die Stelle des befriedigten Simultangläubigers.

Der Credit wird keineswegs dadurch beeinträchtiget, daß dem postlocirten Gläubiger der in Execution gezogenen Realität das Recht nicht eingeräumt wird, mit den auf den anderen Simultanhypotheken postlocirten Gläubigern die Befriedigung zu suchen, sondern durch die gesetzliche Bestimmung, daß es dem Simultangläubiger unbenommen bleibt, aus welch' immer Hypothek seine Befriedigung zu suchen; und deßhalb haben wir vorgeschlagen, daß die Gesetzgebung anordne, es solle bei der Bestellung einer Simultanhypothek auch die Reihenfolge bestimmt werden, in welcher die einzelnen Hypotheken in Execution zu ziehen sind.

Die Bestimmungen über die Bürgschaft finden auf die Simultanhypotheken keineswegs eine analoge Anwendung; denn wenngleich Z. meint, daß die Bürgschaft und Verpfändung einander ganz ähnlich sind, weil beide rechtliche Arten der Sicherstellung einer Verbindlichkeit und der Befestigung eines Rechtes sind (§. 1343 des a. b. G. B.), so ist es doch unzweifelhaft, daß die Bürgschaft und die Verpfändung sich wesentlich von einander unterscheiden, und daß sowohl die Bürg-

schaft (§. 1346) als die Verpfändung (§ 1368) als ganz verschiedene Gattungen der Befestigung der Rechte bezeichnet werden. So werden auch die Novation, der Vergleich, die Cession und Assignation als Arten der Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten angeführt, und gleichwohl wird doch Niemand behaupten wollen, daß alle diese Arten identisch sind.

Bestehen nun über die Bürgschaft ganz andere Bestimmungen als über den Pfandvertrag, so ist man wohl nicht berechtiget, die auf den Bürgschaftsvertrag sich beziehende Regel des §. 1359 des a. b. G. B. auch auf den Pfandvertrag auszudehnen. Wohl können mehrere Personen für eine Forderung Bürgschaft leisten und diese Bürgschaft auf ihren Realitäten intabuliren lassen, in welchem Falle die Regel des §. 1359 des a. b. G. B. allerdings Anwendung findet. Es wird aber auch in diesem Falle nicht der postlocirte Gläubiger, sondern der zahlende Bürge einen Anspruch auf den Rückersatz gegen die übrigen Bürgen haben, und dies auch nur in dem Falle, wenn er vom Hauptschuldner nicht befriediget werden würde. Man nehme an, der Schuldner A habe zwei Häuser, Nr. 50 und 60, auf welchen eine Forderung von 3000 fl. des B quarto loco intabulirt ist. Für diese Forderung haben C, D, E Bürgschaft geleistet und ließen diese Bürgschaft auf ihren Häusern Nr. 70, 80, 90 verbüchern. B führt, nachdem der außergerichtlich gemahnte Schuldner A seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, die Execution gegen den Bürgen C, dessen Realität Nr. 70 um 3000 fl. veräußert wird, so daß für die postlocirten Gläubiger dieser Realität nichts mehr erübriget. In diesem Falle räumt der §. 1359 des a. b. G. B. dem zahlenden Bürgen C, keineswegs aber den postlocirten Gläubigern das Recht des Rückersatzes ein. Diese mögen, nachdem sie ihre Hypothek verloren haben, ein anderes Vermögen des C aufsuchen; sie sind aber nicht befugt, auf den Häusern Nr. 80 und 90 sich pränotiren zu lassen, weil nur dem C ein Regreßrecht gegen die Mitbürgen D und E zusteht, dieser aber auf den Realitäten Nr. 80 und 90 noch nicht pränotirt ist, und nach den bestehenden Gesetzen auch nicht gezwungen werden kann, sich pränotiren zu lassen; übrigens selbst C gegen die Mitbürgen nur dann auftreten kann, wenn er aus der auf den Häusern Nr. 50 und 60 haftenden Hypothek, welche der Gläubiger in Gemäßheit des §. 1360 des a. b. G. B. zum Nachtheil der Bürgen nicht aufgeben darf, und dem zahlenden Bürgen zufolge des §. 1358 des a. b. G. B. abtreten muß, nicht befriediget werden würde. Die Hypothek auf den Häusern

Nr. 50 und 60 hat der Gläubiger nach Vorschrift des §. 1358 lediglich dem zahlenden Bürgen, nicht aber den auf der Realität des Bürgen postlocirten Gläubigern abzutreten. Diese können jedoch allerdings auch ihre Forderungen auf die abgetretene Hypothek pränotiren lassen, müssen aber diesfalls vorerst ansuchen, und erlangen die Priorität nicht nach Maßgabe der Priorität auf der Realität Nr. 70, sondern im Grunde des früher überreichten Gesuches, und nur insofern, als diese Hypothek dem C bereits eingeräumt und auf seinen Namen übertragen wurde. Der übrig bleibende Theil dieser Hypotheken kömmt nicht ihnen, sondern den auf den Realitäten Nr. 50 und 60 postlocirten Gläubigern derart zu statten, daß, wenn bloß die Realität Nr. 50 veräußert und der Bürge mit 3000 fl. befriediget wurde, die auf der zweiten Realität gelöschten 3000 fl. nur den auf dieser Realität postlocirten Gläubigern zu Gute kommen.

§. 90.

Rechtsverhältniß bei Afterhypotheken.

Derjenige, dem eine Simultanhypothek eingeräumt wurde, kann entweder seine Gesammthypothek oder nur einzelne Hypotheken seinen Gläubigern als Unterpfand überlassen, wodurch mannigfache verwickelte Rechtsverhältnisse eintreten.

1. Gewöhnlich wird ein weiterer Gläubiger sich mit dem Unterpfande auf einer oder nur auf einigen der Simultanhypotheken nicht begnügen, sondern seine Forderung auf jede Realität sämmtlicher Simultanhypotheken superintabuliren lassen.

Ist dies der Fall, so entsteht bezüglich der Befriedigung des Aftergläubigers gar keine Schwierigkeit, mag er die ganze Forderung des Hauptgläubigers durch eine Cession an sich gebracht haben, oder nur eine geringere Forderung haben superintabuliren lassen. Als Cessionar tritt er ganz in die Rechte des Cedenten, und als Aftergläubiger findet er seine Befriedigung jedenfalls aus jener Realität, welche der Hauptgläubiger in Execution zieht; und wenn die Bezahlung der Hauptschuld nicht im Executionswege erfolgt, wird der Aftergläubiger durch die Festsetzung des §. 455 des a. b. G. B. sichergestellt, da der Eigenthümer der Realität die Schuld nur mit Willen des Aftergläubigers dem Gläubiger abführen darf, oder sie gerichtlich zu hinterlegen hat.

§. 91.

2. Schwieriger ist die Ausmittlung der Art der Befriedi-

gung der After-Hypothekargläubiger, wenn die Superintabulation nicht auf allen Simultanhypotheken stattfand.

Hier können vor Allem zwei verschiedene Fälle eintreten:

a) Entweder ist die Conjunction (die Eigenschaft der Simultanhypothek) auf sämmtlichen Realitäten, auf welchen die Hauptforderung haftet, angemerkt; oder

b) es ist diese Anmerkung unterblieben.

ad a) Fand diese Anmerkung statt, so erhält dadurch jede der speciellen Hypotheken die Eigenschaft einer Simultanhypothek; der Hauptschuldner muß sich bei der Befriedigung des Hauptgläubigers bereits an die Vorschrift des §. 455 des a. b. G. B. halten, und ist daher nur berechtiget, die Schuld mit Willen Dessen, der auf dieser Simultanhypothek das Afterpfand, sei es auch nur auf einer einzigen Realität, intabulirt hat, dem Hauptgläubiger abführen, oder er muß sie gerichtlich hinterlegen, und diese Hinterlegung zur Verwahrung der Rechtsfolgen des §. 469 des a. b. G. B. in den öffentlichen Büchern anmerken lassen.

Wie hat aber im Falle der gerichtlichen Hinterlegung, oder im Falle im Executionswege nur eine Realität veräußert wird, die Repartition unter die Aftergläubiger zu geschehen? *)

Nach Nippel's Ansicht sind die Aftergläubiger nach der Priorität, wie sie das Afterpfandrecht erlangten, zu befriedigen; weil der später eingetragene Gläubiger den Rechten der früher intabulirten keinen Eintrag thun kann.

Kopezky bemerkt dagegen, daß dies wohl richtig sei bei jenen Gläubigern, welche auf jedem Immobile eine specielle, für sich allein wirkende Hypothek erworben haben; aber nicht bei solchen, welche nur bei einem oder dem anderen conjunctim verpfändeten Immobile eingetragen erscheinen; denn nach Nippel's Ansicht hätte ein Aftergläubiger eine Hypothek auf ein Immobile erworben, worauf er gar nicht eingetragen erscheint.

Nach meinem Dafürhalten liegt der Schwerpunct der Entscheidung der vorliegenden Frage in der weiteren Frage, ob ein Aftergläubiger auf eine zur Simultanhypothek gehörige Realität auch dann ein Superpfandrecht erlange, wenn

*) Winiwarter, Erläuterungen des österr. bürgl. Rechtes, II. Th., 1. Abth., S. 237, Note. — Nippel, Erläuterungen des a. b. G. B., III. Bd., S. 480. — Kopezky, am a. a. O. S. 251. — Stubenrauch, das a. b. G. B., II. Th., S. 62.

er seine Afterforderung nicht auch auf diese Realität eintragen ließ. Meines Erachtens erlangt der Aftergläubiger, wenn er sich auch nur auf ein Immobile eintragen ließ, zugleich auf alle Simultanhypotheken ein Pfandrecht, sobald die Conjunction in den öffentlichen Büchern ersichtlich gemacht wurde; denn in diesem Falle hören sie auf, Einzelhypotheken zu sein, sie werden eine Gesammthypothek. Die verschiedenen Realitäten, auf welchen die Forderung verbüchert ist, bilden zwar verschiedene Tabularkörper; die auf mehreren Tabularkörpern intabulirte Forderung bildet aber für sich ein einzelnes verbüchertes Recht, welches wieder in seiner Gesammtheit zur Hypothek für eine Afterforderung dienen kann. Zur Erwerbung der Afterhypothek ist allerdings nach §. 454 des a. b. G. B. die Eintragung in die öffentlichen Bücher erforderlich; diese hat aber thatsächlich stattgefunden, sobald die Einverleibung auf eine der conjunctim eingetragenen Simultanhypotheken erfolgte. So wenig in dem Falle, wenn ein Tabularkörper aus drei Realitäten besteht, Acker, Wald, Wiese, es erforderlich ist, daß der Gläubiger, um auf das Ganze eine Hypothek zu erlangen, auf alle drei Realitäten intabulirt werde; eben so wenig wird es nothwendig sein, behufs der Erlangung einer Afterhypothek die Afterforderung auf allen Simultanhypotheken eintragen zu lassen. Die Verschmelzung der verschiedenen Bestandtheile einer Simultanhypothek zu einem Körper, geschieht durch die Anmerkung „haftet zugleich." Diese Anmerkung darf daher, damit keine Verwirrungen entstehen, nicht unterlassen werden; und die vorzüglichste Sorge für die Bewirkung derselben hat der Eigenthümer der Realität, auf welcher eine Simultanhypothek haftet, zu tragen, indem, wie wir gleich sehen werden, er es ist, welcher den aus der Unterlassung entstehenden Nachtheil zu erleiden hat.

Meines Erachtens ist die Ansicht Nippel's ganz gegründet, daß bezüglich der Befriedigung der Aftergläubiger die Priorität maßgebend ist. Nur in dem Falle, wenn mehrere Aftergläubiger gleichzeitig das Pfandrecht erwirkt hätten, und die Simultanhypothek zu ihrer Befriedigung nicht auslangt, würde die von Kopezky *) vorgeschlagene Vertheilung nach Verhältniß der Forderungen, nach den Grundsätzen der Gemeinschaft des Eigenthumes entsprechend erscheinen. Hat der Aftergläubiger A auf einer der Simultanhypotheken eine Forderung von 3000 fl., und gleichzeitig der Aftergläubiger B eine Forderung von

*) A. a. O., S. 253.

2000 fl. superintabulirt, sind aber die Simultanhypotheken zur Befriedigung beider Aftergläubiger ungenügend, werden z. B. nur 2500 fl. aus der Veräußerung erzielt, so ist es unzweifelhaft ganz angemessen, daß hier die Grundsätze der Gemeinschaft des Eigenthumes zur Anwendung kommen, und zufolge des §. 839 des a. b. G. B. die Vertheilung nach Verhältniß der Antheile geschähe. Dem gemäß würde A drei Fünftel und B zwei Fünftel des erzielten Kaufschillings, sonach A 1500 fl. und B 1000 fl. erhalten; beide hätten sonach die Hälfte ihrer Forderung verloren.

Diese Grundsätze aber auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn die einzelnen Gläubiger zu verschiedenen Zeiten verbüchert wurden, also zu verschiedenen Zeiten in die Gesellschaft eintreten, wäre ganz verfehlt; denn durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erlangt man ein dingliches Recht, welches durch nachfolgende Eintragungen nicht geschmälert werden kann, während man durch einen nachträglichen Eintritt in eine Gesellschaft ein gleiches Recht mit allen übrigen Gesellschaftsmitgliedern vom Zeitpuncte der Aufnahme in die Gemeinschaft erlangt. Bei der Gemeinschaft des Eigenthumes kann sonach der Nutzen und der Schade, welcher sich seit dem Eintritte eines Mitgliedes in die Gemeinschaft ergibt, unter alle Mitglieder ohne irgend eine Rücksicht auf die Zeit des Eintrittes zu nehmen, nach Verhältniß der Antheile vertheilt werden; bei der Gemeinschaft des Pfandrechtes ist jedoch schon das Recht der Priorität maßgebend, und der nachfolgende Gläubiger kann nur jenen Theil der Hypothek ansprechen, welcher nach der Befriedigung der früher intabulirten Gläubiger erübriget.

§. 92.

Rechtswirkung der Entsagung oder theilweisen Löschung bei einer Simultanhypothek.

Die Frage, ob ein Gläubiger, welchem eine Simultanhypothek zusteht, auf die Hypothek bei einem oder dem anderen der conjunctim verpfändeten Immobilien zu Gunsten des Schuldners derart entsagen könne, daß diese bei dem einen Immobile gelöscht, jedoch bei den übrigen noch haftend bleibe, hat Kopezky (a. a. O., S. 258) *) bejahend beantwortet; denn der Gesammthypothekargläubiger, der ja berechtiget ist, das eine oder das andere Immobile nach seiner freien Wahl in Execution zu ziehen, muß doch ebenfalls befugt sein, ein oder das

*) Siehe auch v. Stubenrauch a. a. O., S. 116.

andere derselben von der Hypothek zu befreien, also darauf Verzicht zu leisten, und in deren Löschung zu willigen, ohne daß er den Schaden, der durch die Ausübung seines Rechtes für einen Dritten daraus entspringt, zu verantworten brauchte (§. 1305 des a. b. G. B.).

Nippel meint *), daß eine solche Verzichtleistung nicht gestattet sei, weil er von dem Princip der Correalität ausgeht, welches jedoch, wie oben nachgewiesen wurde, bei Simultanhypotheken keine Anwendung findet. Man kann sich wohl auch nicht, wie bereits Kopezky **) bemerkt, auf den §. 467 des a. b. G. B. berufen, vermöge dessen die Entsagung des Gläubigers gesetzmäßig sei, also dadurch das Recht eines Dritten nicht verletzt werden solle; denn die Gesetzmäßigkeit der Entsagung kann nur dahin bezogen werden ***), daß Derjenige, welcher entsagt, mit seinem Vermögen frei zu verfügen berechtiget sei, was z. B. bei Minderjährigen ohne Genehmigung ihres Vertreters, und nach Umständen zugleich des Gerichtes, nicht der Fall ist (§. 865); auch dürfen dadurch die Rechte Dritter, mit welchen er in irgend einem verbindlichen Rechtsverhältnisse steht, nicht beeinträchtiget werden (§. 881 des a. b. G. B.); deßhalb würde das Pfand, ungeachtet einer in Mitte liegenden Entsagung des Pfandgläubigers, dennoch dem Inhaber des Afterpfandes verhaftet bleiben (§. 455); und in gleichem Sinne verfügt der §. 1360 des a. b. G. B., daß ein Gläubiger, dem vor oder bei Leistung der Bürgschaft noch außer derselben von dem Hauptschuldner oder einem Dritten ein Pfand gegeben wurde, nicht befugt ist, zum Nachtheile des Bürgen sich des Pfandes zu begeben.

Die Ansicht, daß man auf einzelne Simultanhypotheken verzichten könne, erscheint wohl um so begründeter, als der Hauptgläubiger, dem eine Simultanhypothek angewiesen wurde, mit den postlocirten Gläubigern in kein Rechtsverhältniß eingetreten ist, ihnen gegenüber keine Verpflichtung übernommen, und das ihm zustehende Recht, die übrigen Hypotheken aufzulassen und allein aus der Realität, auf welche postlocirte Gläubiger eingetragen sind, seine Befriedigung zu suchen, nicht aufgegeben hat. Die postlocirten Gläubiger haben übrigens, wenn sie einen Nachtheil erleiden, diesen ihrer eigenen Sorglosigkeit und dem Umstande beizumessen, daß sie ihre Forderung nicht auch auf allen übrigen Simultanhypotheken eintragen ließen, in welchem Falle ihnen durch Verzichtleistung auf eine der Simultanhypotheken kein Nachtheil

*) Erläut. Bd. 3., S. 520.

**) A. a. O., S. 259.

***) Siehe auch v. Stubenrauch a. b. G. B., II. Th., S. 116.

erwachsen würde. Wo aber auch dies nicht möglich ist, wenn z. B. die Simultanhypotheken verschiedenen Eigenthümern gehören, so müßte doch der postlocirte Gläubiger, der um die vorausgehende Simultanhypothek wußte, oder diese aus den öffentlichen Büchern ersehen konnte, mit Rücksicht auf das dem Gesammt-Hypothekargläubiger zustehende Wahlrecht darauf gefaßt sein, die ihm verpfändete Realität mit Aufgebung der übrigen Simultanhypotheken zur Befriedigung der ganzen vorausgehenden Satzpost verwendet zu sehen *).

§. 93.

Kann eine theilweise aufgegebene Simultanhypothek an dritte Personen cedirt werden?

In Preußen wird zufolge des §. 52 des Anhanges zum allgemeinen Landrechte der Schuldner durch eine Verzichtleistung und Einwilligung des Gläubigers in die Löschung, Eigenthümer der Hypothek, und ist befugt, darüber anderweitig zu verfügen. In dieser Hinsicht erscheint dort die Hypothek als ein selbstständiges Recht. Eben so kann nach dem baierischen Hypothekengesetz vom Jahre 1822, §. 84, der Schuldner nach erloschener, aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypothek den Rang derselben einem anderen, auch einem neuen Gläubiger, jedoch für keine größere Summe, einräumen **).

Die österreichische Gesetzgebung enthält diesfalls keine ausdrückliche Bestimmung. Eine Abtretung der Hypothek an eine dritte Person (nicht an den Schuldner), ist nach österreichischen Gesetzen allerdings zulässig, und der Cessionar tritt in die Rechte des Cedenten, übernimmt daher auch die Hypothek (§§. 1422, 1358, 462 des a. b. G. B.). Eine Abtretung an den Schuldner kann jedoch die Uebertragung der Hypothek an den Eigenthümer der haftenden Realität

*) Auch die preußische Gesetzgebung setzt in der Ministerial-Verfügung vom 5. Februar 1819 (Kamptz Jahrbücher, Bd. 13., S. 43) fest: „Ist eine Forderung auf mehrere Grundstücke eingetragen, so kann deren Löschung, wenn sonst die gesetzlichen Erfordernisse derselben beigebracht sind, unter dem Vorwande, daß die auf die anderen Grundstücke später eingetragenen Gläubiger dadurch gefährdet würden, nicht verweigert werden, indem diese sich gesetzlich nicht beklagen können, wenn ein vor ihnen eingetragener Gläubiger auf einen Theil der ihm gesetzten Sicherheit verzichtet."

**) Kopezky, a. a. O. S. 263, billigt diese gesetzlichen Verfügungen bei speciellen Hypotheken, weil dadurch im Leben so viele geheime Umtriebe und fingirte Cessionen beseitiget werden, die Gesetzgebung also das offen geschehen läßt, was sonst im Geheimen zu geschehen pflegt.

(Schuldner) nicht zur Folge haben, indem in diesem Falle eine Consolidation stattfände, und nach §. 1445 des a. b. G. B., so oft das Recht mit der Verbindlichkeit in Einer Person vereiniget werden, beide erlöschen. Insbesondere setzt das Hfd. vom 22. April 1825, Nr. 2090, fest: „Eine von dem Gläubiger erlassene Forderung kann, wenn auch die Verzichtleistung in Form einer Schenkungsurkunde geschehen ist, kein Gegenstand einer Cession sein; mithin die Intabulation einer solchen Cession nicht stattfinden.“ Nach dem österreichischen Gesetze kann sonach der Eigenthümer einer Realität, auf welcher eine Schuld intabulirt ist, nach erhaltener Befriedigung diese Post nicht anderweitig vergeben, und es kommt die leer gewordene Stelle den nachfolgenden Gläubigern zu statten; denn im Grunde der Zahlung kann nur die Löschung der Hypothek, keineswegs aber die Uebertragung derselben auf den Schuldner stattfinden (§. 1369 des a. b. G. B. *).

Nur wenn dritte Personen die Zahlung leisten, oder wenn die Hypothek dritter Personen überhaupt cedirt wird, können die postlocirten Gläubiger nicht vorrücken; es behält der Cessionar den Vorrang, da in diesem Falle keine Consolidation stattfindet.

Gleichwohl werden die nachfolgenden Gläubiger öfters durch fingirte Cessionen um ihr Vorrückungsrecht gebracht. Diesen Umtrieben läßt sich jedoch durch ein Verbot, intabulirte Forderungen abzutreten, nicht Einhalt thun; auch würde ein dergleichen Verbot gegen alle Rechtsgrundsätze verstoßen, denen zufolge der Eigenthümer einer Hypothek mit derselben nach Belieben verfügen kann.

§. 94.

Anlangend die Frage, ob auch eine theilweise aufgegebene Simultanhypothek an eine dritte Person übertragen werden könne, muß dieselbe verneinend beantwortet werden; denn die postlocirten Gläubiger haben sich es wohl gefallen zu lassen, daß die Forderung, für welche die Realität als Simultanhypothek haftet, aus dieser Realität eingebracht werde; ist aber die Befriedigung des Gläubigers aus einer anderen Realität erfolgt, so entfällt die gesammte Simultanhypothek, und die postlocirten Gläubiger haben nur dann nicht das Vorrückungsrecht, wenn die Forderung von einem Dritten

*) „Der Pfandnehmer muß das Handpfand wohl verwahren, und es dem Verpfänder, sobald dieser die Befriedigung leistet, zurückgeben. Betrifft es eine Hypothek, so muß der befriedigte Gläubiger den Verpfänder in den Stand setzen, die Löschung der Verbindlichkeit aus den Hypothekenbüchern bewirken zu können.“

bezahlt oder überhaupt einem Dritten abgetreten wurde, welcher sofort an die Stelle des früheren Gläubigers tritt. Fand aber keine Cession statt, ist eine der Simultanhypotheken von der Haftung entbunden worden, so kann die leer gewordene Stelle nicht mehr eingenommen werden, und die postlocirten Gläubiger rücken vor. Hiebei ist wohl in's Auge zu fassen, daß auch bei der Abtretung einer Simultanhypothek die Natur derselben nicht geändert, und dieselbe nur dann in eine Einzelhypothek umgewandelt werden kann, wenn der Cedent alle übrigen Realitäten freigelassen, und nur eine Realität als Hypothek vorbehielt, was ihm, wie oben dargethan wurde, allerdings gestattet ist. Diese sofort in eine Einzelhypothek umgewandelte Simultanhypothek kann dann allerdings auch auf dritte Personen übertragen werden.

Dritte Abtheilung.

Erlangung des Besitzrechtes durch die Intabulation.

§. 95.

I. Eine weitere Folge der Einverleibung in die öffentlichen Bücher ist die Erlangung des rechtmäßigen Besitzes.

Der Eingetragene kann zugleich auch physischer (natürlicher) Besitzer sein, oder er ist in den öffentlichen Büchern lediglich als Besitzer ausgewiesen, während ein Anderer die Sache in seiner Inhabung hat, und zwar entweder mit dem Willen, sie als die seinige zu behalten (natürlicher Besitzer), oder ohne diesen Willen (bloßer Inhaber). Ist der Einverleibte zugleich physischer Besitzer, so versteht es sich von selbst, daß ihm die Besitzrechte des physischen Besitzers und alle jene Befugnisse zustehen, welche im Gesetze dem bürgerlichen Besitzer als solchem eingeräumt werden.

Ist aber der Einverleibte nicht zugleich physischer Besitzer, dann entstehen mannigfache Zweifel über den Umfang des Besitzrechtes des bürgerlichen und des physischen Besitzers.

§. 96.

Schon darüber tauchten Bedenken auf, ob man **überhaupt** den **Intabulirten**, **wenn er nicht zugleich physischer Besitzer ist, als Besitzer ansehen könne?** *) nachdem zufolge des

*) Siehe Ritter von Minasiewicz: Systematische Darstellung des Tabularbesitzes. Lemberg 1832, S. 8.

§. 309 nur Derjenige Besitzer einer **körperlichen** Sache ist, der sie in seiner Inhabung hat, mit dem Willen, sie als die seinige zu behalten, und nach §. 312 nur Derjenige Besitzer einer unkörperlichen Sache, d. i. eines Rechtes ist, der dasselbe im eigenen Namen ausübt. Zufolge der in diesen Paragraphen enthaltenen Begriffsbestimmung des Besitzers wäre sonach der Einverleibte keineswegs Besitzer, wenn er eine körperliche Sache nicht zugleich in seiner Innehabung hat, oder wenn er das Recht nicht zugleich ausübt.

Auch schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch könnte Derjenige, welcher die Sache nicht in seiner Innehabung hat (besitzen, possidere), nicht als Besitzer angesehen werden, und selbst die Ausübung der Rechte im eigenen Namen wird nur uneigentlich Besitz genannt *).

Meines Dafürhaltens kann der Einverleibte, wenn er nicht zugleich physischer Besitzer ist, keineswegs Besitzer genannt werden;

*) Nach dem römischen Rechte gab es eine quasi possessio jurium (Fr. 4, §. 27, D. XLI 3). Ritter von Minasiewicz sucht seine Ansicht, daß der Intabulirte, wenngleich er die Sache nicht in seiner Innehabung hat, allerdings Besitzer (Tabularbesitzer) ist, durch die Erwägung zu begründen: „daß der §. 309 keineswegs die allgemeine Definition des Besitzes enthalte, da auch im §. 312 eine besondere Gattung des Besitzes, nämlich der Besitz der Rechte vorkommt, welcher Besitz unter der Definition des Besitzes im §. 309 nicht subsumirt werden kann."

Allein die §§. 309 und 312 definiren den Besitz körperlicher und unkörperlicher Sachen; und nebst diesen zwei Definitionen des Besitzes kömmt keine weitere im a. b. G. B. vor.

Zur Begründung der Ansicht, daß es einen **Tabularbesitz** ohne physischen Besitz geben könne, beruft sich Dr. Minasiewicz auch auf die Bestimmung des §. 322 des a. b. G. B. Allein schon aus der Anordnung des §. 321 ist zu ersehen, daß dort, wo öffentliche Bücher bestehen, der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen nur durch die Eintragung erlangt werden könne. Aus dieser Verfügung kann aber der Schluß nicht gezogen werden, daß diesen **rechtmäßigen** Besitz der Eingetragene auch dann erlangen könne, wenn er nicht zugleich im physischen Besitze ist. Eben so ist es aus der Anordnung des §. 322 nicht klar zu entnehmen, daß das ausschließende Besitzrecht dem Einverleibten auch dann zugedacht wird, wenn er nicht zugleich physischer Besitzer ist.

Dr. M. bemerkt weiter: „Wenn zum Tabularbesitz nebst der Eintragung in die öffentlichen Bücher auch noch der physische Besitz erforderlich wäre, so müßte der Tabularbesitz mit dem Aufhören des physischen Besitzes gleichfalls aufhören; und doch ersieht man aus dem §. 350 des a. b. G. B. das Gegentheil, indem nach demselben der Tabularbesitz nur durch Löschung oder Umschreibung in den öffentlichen Büchern erlischt." Aus der Festsetzung dieses Paragraphes ist jedoch nur zu entnehmen, daß in Folge der Fiction der Eingetragene, so lange er eingetragen ist,

nichtsdestoweniger ist er nach dem Gesetze als Besitzer anzusehen, wenn er es auch nicht wäre; so wie der bücherlich ausgewiesene Eigenthümer als solcher anerkannt wird, wenngleich er thatsächlich die Einverleibung widerrechtlich erschlichen hätte. Daß der bloß Einverleibte, wenn er auch nicht Inhaber der Sache wäre, als Besitzer gesetzlich angesehen wird, ist insbesondere aus den Vorschriften über die Ersitzung ersichtlich.

Der §. 1467 verfügt: „Von unbeweglichen Sachen ersitzt Derjenige (also im Allgemeinen ohne Unterschied, ob er zugleich physischer Besitzer ist oder nicht), auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, das volle Recht gegen allen Widerspruch ebenfalls durch Verlauf von 3 Jahren."

Klar ist es, daß nach dieser Bestimmung der Intabulirte, wenngleich er nicht zugleich physischer Besitzer ist, die Sache ersitzen könne. Da aber nach §. 1460 nur der Besitzer ersitzen kann, so ist es unzweifelhaft, daß das Gesetz den bloß Intabulirten als Besitzer ansieht.

§. 97.

Nun frägt es sich, ob der Tabularbesitzer der mit der Eintragung in die öffentlichen Bücher verbundenen Vortheile auch dann theilhaft werde, wenn er nicht zugleich physischer Besitzer ist."

Wiewohl diese Frage aus den Anordnungen der §§. 321, 322, 441 des a. b. G. B. nicht mit Zuverlässigkeit gelöst werden kann, weil aus denselben nicht zu ersehen ist, ob durch die Eintragung nur der physische Besitz in den rechtmäßigen übergeht, oder ob auch dann der Einverleibte rechtmäßiger Besitzer wird, wenn er sich nicht im physischen Besitze befindet; so geht doch aus anderweitigen Gesetzesstellen und aus dem Zwecke der Einführung der öffentlichen Bücher hervor, daß die Gesetzgebung dem Intabulirten, auch wenn er nicht zugleich physischer Besitzer wäre, die Vortheile der Intabulation zuwenden wollte. Insbesondere entnimmt man dies aus der Anordnung des eben bezogenen §. 1467, der zufolge der Einverleibte, wenn er auch nicht physischer Besitzer wäre, die Sache in 3 Jahren ersitzt.

---

als Besitzer anzusehen sei. Eben so geht aus dem weiter bezogenen §. 441 des a. b. G. B. hervor, daß das Gesetz nur den Eingetragenen als rechtmäßigen Besitzer ansieht, welche Verfügung gleichfalls nicht zu dem Schluß berechtiget, daß er auch dann rechtmäßiger Besitzer ist, wenn er sich nicht bereits im physischen Besitze befindet.

§. 98.

Welches sind die Vortheile des Tabularbesitzes?

Der Tabularbesitz äußert nach zwei Richtungen seine Bevorzugung, wenn er auch nicht mit dem physischen Besitze verbunden wäre. Er gewährt sowohl dem Tabularbesitzer selbst als auch Demjenigen, der von einem Tabularbesitzer eine Sache an sich bringt, gewisse Vortheile.

a) Nur der Tabularbesitzer kann das auf seinen Namen eingetragene Recht auf unbewegliche Sachen dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, auf Andere ganz oder theilweise übertragen, Anderen Dienstbarkeiten einräumen, oder das auf seinen Namen intabulirte Recht belasten; kurz, ihm steht das Verfügungsrecht des Eigenthümers zu, während der bloß physische Besitzer einer unbeweglichen Sache dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, das Eigenthum derselben noch nicht erworben hat, sonach ihm auch das Verfügungsrecht des Eigenthümers nicht zusteht (§§. 431, 441).

Ist der bücherliche Besitzer zugleich in bona fide, so ist er für die Veräußerung der Sache Niemanden verantwortlich (§. 329).

b) Derjenige, der von einem Tabularbesitzer eine Sache bona fide und im Grunde eines rechtmäßigen Titels an sich bringt, braucht selbst dann, wenn sein Vormann thatsächlich nicht Eigenthümer wäre, zur Erwerbung des Rechtes nicht erst die Ersitzungszeit abzuwarten, während sonst das vom Nichteigenthümer, wenn er nur physischer Besitzer ist, lediglich bei beweglichen Sachen, und dies nur in den Fällen der §§. 367 und 456 übertragene Eigenthums- und Pfandrecht erworben wird.

Alle diese Vorzüge werden dem Eingetragenen im Gesetze eingeräumt, ohne Unterschied, ob er zugleich physischer Besitzer ist oder nicht.

§. 99.

Die Tabularersitzung.

c) Eine der vorzüglichsten Begünstigungen des Tabularbesitzers besteht darin, daß er die Ersitzung unbeweglicher Sachen und der auf dieselben sich beziehenden Rechte schon binnen 3 Jahren, gegen den Fiscus und andere im §. 1472 bezeichnete begünstigte Personen binnen 6 Jahren vollendet (§§. 1467, 1469, 1472), während ein physischer Besitzer dergleichen Sachen und Rechte erst in 30 oder 40 Jahren ersitzen kann.

Die ordentliche dreijährige Ersitzungszeit erleidet jedoch auch beim Tabularbesitzer eine Ausdehnung in Ermanglung eines rechtmäßigen Titels (§. 1477), in den Fällen der Abwesenheit des Eigenthümers (§. 1475), so wie bei einem eingetretenen Hemmungsgrund (§§. 1494—1496).

§. 100.

Die dreijährige Ersitzungsfrist genügt zur Ersitzung für den Tabularbesitzer nur dann, wenn er einen rechtmäßigen Titel ausweist.

Man ist mitunter der Ansicht, daß der rechtmäßige Titel kein Erforderniß der Tabularersitzung ist; denn im §. 1467 heißt es: „Von unbeweglichen Sachen ersitzt Derjenige, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, das volle Recht gegen allen Widerspruch durch Verlauf von 3 Jahren." Es dürfte daher den Anschein haben, daß die Gesetzgebung den Tabularbesitzer eben so begünstigen wollte, wie er durch das gal. Landtafelpatent vom Jahre 1780 begünstiget war; nach welchem zur Tabularersitzung weder die Rechtmäßigkeit noch die Redlichkeit erforderlich war, indem der Tabularbesitzer nach 3 Jahren und 18 Wochen ein unanfechtbares Recht erwarb, falls binnen dieser Frist der Gegner seinen Widerspruch in die öffentlichen Bücher nicht eintragen ließ.

Diese Frist ist jedoch bereits im gal. G. B. vom Jahre 1797 und im a. b. G. B. in eine Ersitzungsfrist übergegangen, wobei sonach nicht nur der Verlauf der Zeit, sondern auch die übrigen Erfordernisse der Ersitzung maßgebend sind.

Man könnte weiter einwenden, daß, wenn auch der Tabularbesitzer, falls er keinen rechtmäßigen Titel aufzuweisen vermöchte, 30 Jahre abwarten müßte, um die Ersitzung zu vollenden, er in dieser Beziehung nicht günstiger gestellt wäre, als der physische Besitzer. Allein die Begünstigung besteht schon darin, daß der rechtmäßige Tabularbesitzer schon in 3 Jahren ersitzen könne. Noch weiter zu gehen, und auch dem unrechtmäßigen Besitzer, falls er durch 3 Jahre einverleibt war, die Begünstigung der Ersitzung zuzugestehen, ist der Gesetzgebung um so weniger beigefallen, als der §. 1460 für die Ersitzung im Allgemeinen, sonach sowohl für den physischen als für den Tabularbesitzer, als Erforderniß die Rechtmäßigkeit des Besitzes festsetzt, und hievon der §. 1477 nur eine Ausnahme bei der 30- und 40-jährigen Ersitzung macht.

Man wende nicht ein, daß in Gemäßheit des §. 321 der Ta-

bularbesitzer auch ohne Titel als rechtmäßiger Besitzer anzusehen ist; denn, wie wir in der Folge nachweisen werden, ist der rechtmäßige Besitz im Hauptstücke von der Ersitzung in einem anderen Sinne zu nehmen, als im §. 321. In diesem Paragraphe wird der intabulirte Besitzer ein rechtmäßiger genannt, während im §. 1461 als rechtmäßiger Besitz derjenige angesehen wird, der sich auf einen rechtmäßigen Titel gründet.

§. 101.

Nach Verlauf von 30 Jahren ist die Ersitzung des Tabularbesitzers vollendet, wenngleich er keinen rechtmäßigen Titel hat.

Der §. 1477 des a. b. G. B. setzt fest: „Wer die Ersitzung auf einen Zeitraum von 30 oder 40 Jahren stützt, bedarf keiner Angabe des rechtmäßigen Titels. Die gegen ihn erwiesene Unredlichkeit des Besitzes schließt aber auch in diesem längeren Zeitraume die Ersitzung aus."

Die Worte: „bedarf keiner Angabe des rechtmäßigen Titels," haben die Ansicht hervorgerufen, daß bei dieser außerordentlichen Ersitzung der Besitzer den rechtmäßigen Titel lediglich nicht anzugeben und zu erweisen brauche, während sonst Derjenige, der sich auf die Ersitzung beruft, nachzuweisen gehalten ist, daß alle Erfordernisse der Ersitzung eingetroffen sind, und sich auf die für den Besitzer streitende Vermuthung der Rechtmäßigkeit nicht berufen darf. Der rechtmäßige Titel ist eine positive Thatsache, auf die man seinen Anspruch gründet, während die Redlichkeit ein bloßes Dafürhalten ist. Es kann sonach nicht Sache Desjenigen sein, der sich auf seine Redlichkeit beruft, diese zu erweisen, sondern es liegt vielmehr dem Gegner, der die Unredlichkeit behauptet, ob, dergleichen Thatsachen und Umstände anzuführen und zu erweisen, aus welchen die Wahrscheinlichkeit entnommen wird, daß Derjenige, welcher sich auf die Ersitzung beruft, im unredlichen Besitze sich befinde.

Wenn nun Demjenigen, der sich auf die 30- oder 40-jährige Ersitzung beruft, die Beweislast des rechtmäßigen Titels erlassen wird, so folgt daraus nicht (könnte man sagen), daß, auch ungeachtet des vom Gegentheil erwiesenen Mangels eines rechtmäßigen Titels, die Ersitzung in 30 oder 40 Jahren vollendet werden könne, zumal im §. 1460 der rechtmäßige Titel als Erforderniß der Ersitzung überhaupt bezeichnet wird, und der §. 1462 festsetzt, daß verpfändete, geliehene, in Verwahrung oder zur Fruchtnießung gegebene Sachen von Gläu-

bigern, Entlehnern und Verwahrern oder Fruchtnießern aus Mangel eines rechtmäßigen Titels niemals ersessen werden können.

Allein, gegen diese Ansicht muß vor Allem entgegnet werden, daß im zweiten Absatze des §. 1477 gesagt wird: „die gegen ihn erwiesene Unredlichkeit des Besitzes schließt aber auch in diesem längeren Zeitraume die Ersitzung aus.“ Hieraus folgt, wie das Wörtchen aber andeutet, daß vom unrechtmäßigen Besitz das Gegentheil dessen zu gelten habe, was vom unredlichen im zweiten Absatze verfügt wird, daß sonach die erwiesene Unrechtmäßigkeit des Besitzes in diesem längeren Zeitraume die Ersitzung nicht ausschließt, jedoch mit Ausnahme der im §. 1462 angeführten Titel, weil es dort ausdrücklich heißt, daß verpfändete, geliehene Sachen u. s. w. von Gläubigern u. s. w. niemals ersessen werden.

Die Bestimmung des §. 1462 steht der Annahme nicht entgegen, daß die 30- oder 40-jährige Ersitzung auch bei nachgewiesenem Mangel eines rechtmäßigen Titels bewirkt werden könne, weil im §. 1462 nicht alle unrechtmäßigen Titel vorkommen, und aus der Textirung dieses Paragraphes zu ersehen ist, daß die Titel, welche keine Ersitzung zulassen, nicht demonstrativ, sondern taxativ angeführt werden; zumal die Gesetzgebung den Gläubigern, Entlehnern, Verwahrern und Fruchtnießern das Recht zu ersitzen im Hinblicke auf die allgemeinen Erfordernisse der Ersitzung schon deßhalb nicht einräumen konnte, weil sie zwar in der Innehabung der Sache, nicht aber im Besitze des Rechtes, welches ersessen werden will, sich befanden, zur Ersitzung eines Rechtes aber erforderlich ist, daß dasjenige Recht, welches ersessen werden soll, besessen (ausgeübt) werde.

Der obigen Auslegung des §. 1477 kann auch die Regel des §. 1460, daß zur Ersitzung überhaupt ein rechtmäßiger Titel erforderlich ist, nicht entgegnet werden; weil dieser Paragraph eben nur eine Regel ausspricht, welche nicht hindert, Ausnahmen zuzulassen.

Daß einer 30- oder 40-jährigen Ersitzung selbst der erwiesene unrechtmäßige Titel nicht entgegen stehe, ist insbesondere auch aus dem §. 1493 zu ersehen, in welchem festgesetzt wird, daß bei einer Ersitzung von 30 oder 40 Jahren die Einrechnung der Ersitzungszeit des Vorfahrers auch ohne rechtmäßigen Titel stattfindet.

§. 102.

Hat der Intabulirte auch die Besitzrechte des physischen Besitzers, wenngleich er nicht zugleich Inhaber der Sache ist, oder das einverleibte Recht nicht ausübt?

Die größte Schwierigkeit der Entscheidung dieser Frage bietet

die Anordnung des §. 322 des a. b. G. B., der zufolge, wenn die Sache unbeweglich ist, dort wo öffentliche Bücher eingeführt sind, das Besitzrecht ausschließlich Demjenigen zusteht, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist. Zufolge des Wortlautes dieses Paragraphes steht dem Tabularbesitzer nicht nur das Besitzrecht, sonach alle commoda possessionis des physischen Besitzers zu, sondern sogar das ausschließliche Besitzrecht, woraus einige Rechtsgelehrten den Schluß ziehen wollen, daß ihm gegenüber der physische Besitzer gar kein Besitzrecht habe. Hier versuchen wir vorläufig die erste Frage zu lösen, ob die Gesetzgebung dem bloßen Tabularbesitzer thatsächlich auch die Rechte eines physischen Besitzers einräumen wollte?

Behufs der gründlichen Erörterung dieser Frage ist es unerläßlich, die einzelnen commoda possessionis naturalis in Erwägung zu ziehen und hiebei zu prüfen, ob die Gesetzgebung dieselben wohl auch dem bloß bücherlichen Besitzer einräumen konnte und wollte.

§. 103.

Rechte des physischen Besitzers.

Diese dem physischen Besitzer zustehenden Besitzrechte sind folgende:

1. Der Besitzer einer Sache kann zur Angabe des Titels nicht aufgefordert werden (§. 323).

Dieses Vorzugsrecht des Besitzers stand nach dem Landtafelpatente für Galizien und zufolge des gal. b. G. B. vom Jahre 1797 dem Einverleibten nicht zu, indem derselbe in Folge des rechtzeitig erhobenen Widerspruches des Gegners sein Recht nachweisen mußte. Gegenwärtig ist jedoch nur der Pränotirte zur Ausweisung des Titels (Rechtfertigung) verpflichtet, welcher aber, so lange die Vormerkung nicht justificirt ist, keineswegs als Tabularbesitzer angesehen werden kann.

Diese rechtliche Vermuthung des giltigen Titels stützt sich auf das einem Jeden, sonach auch dem Tabularbesitzer zustehende Recht auf Unbescholtenheit.

Derjenige, der sich bloß berühmt, daß ihm ein Recht zustehe, übt dieses Recht noch nicht aus, daher kann gegen den Berühmer allerdings die Aufforderungsklage eingebracht werden, nicht aber auch gegen Denjenigen, der sich bereits im Besitze befindet. Daher verfügt das Hfd. vom 15. Jänner 1787 Nr. 621, daß die Aufforderungsklage

nur dann stattfinde, wenn sich Jemand gerühmt hat, daß ihm wider einen Dritten ein Recht gebühre, welche Berühmung zwar allerdings mit Worten oder Handlungen geschehen kann, nie aber dahin erweitert werden soll, daß ein Besitzer verhalten werde, die Rechtmäßigkeit des Besitzes zu erweisen *).

Der Zweifel, ob diese Verfügung auch den bloß bücherlichen Besitzer betreffe, wird durch die Erwägung gelöst, daß das Recht auf Unbescholtenheit, auf welches die gesetzliche Vermuthung der Rechtmäßigkeit des Titels basirt wird, nicht nur dem physischen Besitzer, sondern auch Demjenigen, der sich als Besitzer in den öffentlichen Büchern ausweisen ließ, zusteht. Von der obigen Regel, daß der Besitzer zur Angabe des Titels nicht verhalten werden könne, finden jedoch zufolge des §. 325 des a. b. G. B. in den Straf- und politischen Gesetzen einige Ausnahmen statt. Derlei Ausnahmen treten auch bei der Ersitzung ein (§. 1498), wenn um die Zuerkennung des ersessenen Rechtes angesucht wird, falls sich der Ersitzende nicht auf einen dreißig- oder vierzigjährigen Besitz beruft (§. 1477).

§. 104.

So wie der physische Besitzer zur Angabe des Titels nicht verpflichtet ist, so kann auch der bücherliche Besitzer dazu nicht verhalten werden. Was ist nun Rechtens in Collisionsfällen des bücherlichen und physischen Besitzers?

In diesem Falle ist es nach §. 322 des a. b. G. B. unzweifelhaft, daß nicht der bücherliche Besitzer, wohl aber der physische Besitzer zur Angabe des Titels verhalten werden könne; denn, wenngleich auch für den physischen Besitzer die Vermuthung des rechtmäßigen Titels streitet, so spricht doch für den Einverleibten eine stärkere Vermuthung als für den factischen Besitzer, zumal es eher möglich ist, sich widerrechtlich in den factischen Besitz zu setzen, als ohne Titel einverleibt zu werden, und im Conflicte der Präsumtionen die schwächere der stärkeren nachzusetzen ist.

§. 105.

2. Im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug (§. 324).

Alle Vermuthungen haben in der Regel gleiche Kraft; wenn sonach jeder Theil sich auf eine Vermuthung beruft, so hebt eine die andere auf, und da nebst den sich wechselseitig aufhebenden Vermu-

*) Diese Verordnung ist auch in den §. 62 der gal. G. O. und in den §. 599 der C. P. O. für Ungarn und Siebenbürgen aufgenommen worden.

thungen die Gleichheit durch den Besitz aufgehoben wird, so ist dem Besitzer der Vorzug einzuräumen.

Der §. 324 verfügt daher: „die Aufforderung findet auch dann noch nicht statt, wenn Jemand behauptet, daß der Besitz seines Gegners mit andern rechtlichen Vermuthungen, z. B. mit der Freiheit des Eigenthumes, sich nicht vereinbaren lasse. In solchen Fällen muß der behauptende Gegner vor dem ordentlichen Richter klagen, und sein vermeintliches stärkeres Recht darthun."

Im Einklange mit diesem Grundsatze bestimmt der §. 523: „In Ansehung der Servituten findet ein doppeltes Klagerecht statt. Man kann gegen den Eigenthümer das Recht der Servitut behaupten; oder der Eigenthümer kann sich über die Anmaßung der Servitut beschweren. Im ersten Falle muß der Kläger die Erwerbung der Servitut, oder wenigstens den Besitz derselben als eines dinglichen Rechtes, im zweiten Falle muß er die Anmaßung der Servitut in seiner Sache beweisen."

Der obige Grundsatz, daß dem Besitzer der Vorzug gebührt, gilt jedoch nur in der Voraussetzung, daß die für beide Theile streitenden Vermuthungen von gleicher Stärke sind, daher einander wechselseitig aufheben. Ist dies nicht der Fall, wie bei Anstrengung der Actio Publiciana, dann gebührt nach §. 372 Demjenigen der Vorzug, der ein stärkeres Recht nachweist. Um sonach zu ermitteln, wer ein stärkeres Recht habe, ist der belangte Besitzer, nachdem der Kläger seinen Titel bereits angegeben hat, allerdings verpflichtet, auch seinen Titel auszuweisen.

Daß im Zweifel der Besitzer vorzuziehen ist, ist auch aus der Bestimmung des §. 374 zu ersehen: „Haben der Geklagte und der Kläger einen gleichen Titel ihres echten Besitzes, so gebührt dem Geklagten kraft des Besitzes der Vorzug."

Wie aber, wenn caeteris paribus der Tabularbesitzer mit dem physischen collidirt?

In diesem Collisionsfall wird die, kraft des Besitzes für den physischen Besitzer streitende Vermuthung, in Gemäßheit der §§. 321 und 322 durch die stärkere Vermuthung aufgewogen, und es wird caeteris paribus der Tabularbesitzer vorgezogen.

§. 106.

3. Im Zweifel ist die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes (§. 328).

Dieser Grundsatz stützt sich wieder auf die Festsetzung des §. 17 des a. b. G. B., da man von Niemanden annehmen darf, daß er wissentlich fremde Rechte verletzen wollte. So wie nun zu vermuthen ist, daß der physische Besitzer redlicher Weise in den Besitz gelangte, so ist aus demselben Grunde (§. 17) auch anzunehmen, daß Niemand fälschlich als Eigenthümer eines fremden Gutes sich habe einverleiben lassen *). Wer sonach die mala fides behauptet, sei es gegenüber dem physischen oder bücherlichen Besitzer, hat den Beweis zu führen.

§. 107.

4. Zu den Rechten des Besitzers gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, daß die richterliche Hülfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben (§. 19, 344). Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist Niemand

*) Wer ein redlicher Besitzer ist, bestimmt der §. 326 des a. b. G. B. „Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer." Diese Definition paßt nur auf den Besitz körperlicher Sachen. Es unterliegt aber keinem Zweifel, und ist insbesondere aus der Festsetzung des darauffolgenden §. 327 zu ersehen, daß auch Rechte redlich oder unredlich besessen (im eigenen Namen ausgeübt) werden können. Weiters kann nicht unbemerkt gelassen werden, daß es wohl genügt hätte, im §. 326 den unredlichen Besitz zu definiren, da es sich dann von selbst verstände, daß im Gegensatze Derjenige, welcher nicht unredlich ist, als redlich angesehen werden müßte. Diese Definition des redlichen Besitzers verleitet übrigens zu der Annahme, daß es, nebst dem redlichen und unredlichen Besitz noch eine dritte Gattung von Besitz, einen sogenannten indifferenten Besitz gebe, weil in der Definition des redlichen Besitzes gesagt wird: „wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält." Eine derlei dritte Gattung des Besitzes besteht jedoch nach dem österreichischen Rechte nicht, zumal in Gemäßheit des §. 328 jeder Besitzer, so lange seine Unredlichkeit nicht bewiesen wird, als redlicher Besitzer gehalten wird, und es daher keineswegs nothwendig ist nachzuweisen, daß er aus wahrscheinlichen Gründen die Sache für die seinige hielt. Wir können demnach der Ansicht des Dr. Stubenrauch (a. b. G. B. Bd. I, S. 652) nicht beipflichten, daß die Redlichkeit des Besitzes (bona fides) eine objective Grundlage haben müsse, welche in dem Besitzer die Ueberzeugung hervorbringen konnte, daß sein Besitz ein rechtmäßiger sei. Mag er immerhin diese Ueberzeugung nicht gewonnen haben, so ist er doch immer als redlicher Besitzer anzusehen, so lange er aus den Umständen nicht vermuthen mußte, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern zugehöre. Diese Umstände, aus welchen die mala fides zu ersehen ist, werden im §. 368 angeführt. Sollen jedoch diese Umstände die Annahme begründen, daß der Besitzer ein unredlicher ist, so genügt hiezu keineswegs das Vorhandensein dieser Umstände, sondern es muß, wie wir bereits bemerkten, erwiesen sein, daß diese Umstände dem Erwerber bekannt waren.

befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes, und den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern (§. 339).

Eine der schwierigsten Materien des a. b. G. B. ist unzweifelhaft die Lehre vom Besitze, und hier wieder die Frage, wer und in wiefern er sich der Selbsthilfe bedienen darf? gegen wen dieselbe stattfindet? wann die richterliche Hilfe anzusuchen ist, und wem und in wiefern sie zu gewähren ist? Zur gründlichen Lösung dieser Fragen wird es beitragen, wenn man vor Allem das Recht zum Besitze vom Besitze selbst und den damit verbundenen Wirkungen (Besitzrecht), dann die verschiedenen Gattungen des Besitzes (insbesondere körperlicher und unkörperlicher Sachen, Tabular- und physischer Besitz), dann einzelne Besitzstörungen und gänzliche Außerbesitzsetzungen, ferners bei den Besitzstörungen weiter unterscheidet, ob die Ausübung des Rechtes auf die eigene Sache oder aber eines Rechtes auf fremde Sachen (Servituten) gestört wurde.

§. 108.

Wer lediglich das Recht zum Besitz hat (jus possidendi), dem ist die Selbsthilfe durchaus nicht gestattet. Auch kann hier von einem Provisorium, durch welches nur der factische Besitzer in Schutz genommen wird, keine Rede sein. Denn der §. 320 des a. b. G. B. setzt fest: „durch einen giltigen Titel erhält man nur das Recht zum Besitze einer Sache, nicht den Besitz selbst. Wer nur das Recht zum Besitze hat, darf sich im Verweigerungsfalle nicht eigenmächtig in den Besitz setzen; er muß ihn von dem ordentlichen Richter mit Anführung seines Titels im Wege Rechtens fordern."

Von dieser Regel kömmt nur eine Ausnahme im §. 1321 des a. b. G. B. vor, der zufolge die eigenmächtige Ausübung der Privatpfändung fremder Viehstücke, aber auch nur unter gewissen Beschränkungen, gestattet ist.

Die Selbsthilfe ist in der Regel ad acquirendam possessionem unzulässig. Dieser Grundsatz wird auch an anderen Stellen des a. b. G. B. ausgesprochen. So heißt es im §. 471: „Weder der Pfandnehmer, noch irgend ein anderer Inhaber einer fremden Sache ist nach Erlöschung des ihm eingeräumten Rechtes befugt, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurückzubehalten. Er kann aber, wenn die in der Gerichtsordnung bestimmten Erfordernisse ein-

treten, und die Sache beweglich ist, sie in gerichtliche Verwahrung geben und mit Verbot belegen, oder wenn sie unbeweglich ist, die Sequestration derselben ansuchen."

Die Festsetzung des §. 1153 des a. b. G. B., daß bei einem Lohnvertrage dem Besteller das Recht zusteht, wegen Mängel des Werkes einen verhältnißmäßigen Theil des Lohnes zurückzubehalten, ist keineswegs als Ausnahme der obigen Regel anzusehen, weil von einem Lohne, von dem es übrigens zweifelhaft ist, ob er gebührt, nicht gesagt werden kann, daß er eine fremde Sache ist; zumal nach der Analogie der Anordnung des §. 1052 der Bestellte vor Erfüllung der Verbindlichkeit gar keinen Anspruch auf den Lohn hat. Der obige Grundsatz wird ferners im §. 797 des a. b. G. B. ausgesprochen: „Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen." So enthält auch der §. 1109 des a. b. G. B. die Bestimmung, daß nach geendigtem Bestandvertrage der Bestandnehmer die Sache zurückstellen müsse, wenngleich er ein Compensations- oder ein früheres Eigenthumsrecht entgegnen wollte. Im §. 1338 des a. b. G. B. wird verordnet: „Das Recht zum Schadenersatze muß in der Regel, wie jedes andere Privatrecht, bei dem ordentlichen Richter angebracht werden."

Selbst wenn im Vertrage die Selbsthilfe eingeräumt wird, ist diese nicht immer zulässig. So werden im Pfandvertrage nachstehende Bedingungen im §. 1371 als unerlaubt bezeichnet: daß nach der Verfallzeit der Schuldforderung das Pfandstück dem Gläubiger zufalle; daß er es nach Willkür, oder in einem schon im Voraus bestimmten Preise veräußern, oder für sich behalten könne."

§. 109.

Die Selbsthilfe ist ferner zur Wiedererlangung des Besitzes nicht gestattet, denn der §. 344 spricht bloß von der Erhaltung (Beschützung) des Besitzes.

Hat man sonach den Besitz bereits verloren, so kann man denselben nur mit richterlicher Hilfe zurückerhalten.

In einem wohlgeordneten Staate werden eigene Organe aufgestellt, welche berufen sind, dem Gekränkten sein Recht wieder zu verschaffen; daher wird im §. 19 des a. b. G. B. die Regel aufgestellt: „Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen. Derselbe Paragraph untersagt ausdrücklich die eigen-

mächtige Hilfe, gestattet jedoch die Nothwehr, wenn nur die Grenzen derselben nicht überschritten werden *).

§. 110.

Zulässigkeit der Nothwehr.

Die Selbsthilfe ist nur zum Schutze des noch nicht verlorenen Besitzes gestattet.

Ueber die Nothwehr enthält das a. b. G. B. keine weiteren Bestimmungen, wohl aber das Strafgesetz vom Jahre 1852 im §. 2, lit. g. „Gerechte Nothwehr ist nur dann anzunehmen, wenn sich aus der Beschaffenheit der Personen, der Zeit, des Ortes, der Art des Angriffes, oder aus anderen Umständen mit Grund schließen läßt, daß sich der Thäter nur der nöthigen Vertheidigung bedient habe, um einen rechtswidrigen Angriff auf Leben, Freiheit oder Vermögen von sich oder Anderen abzuwehren.“

Die Regel des §. 19 des a. b. G. B., der zufolge die eigenmächtige Hilfe untersagt ist, erleidet eine Ausnahme durch die Bestimmung des §. 344 des a. b. G. B., der zufolge zum Schutze des Besitzes Gewalt mit angemessener Gewalt, jedoch nur dann abgetrieben werden darf, wenn die richterliche Hilfe zu spät kommen würde. Werden beide diese Bestimmungen einander entgegen gehalten, so wird es klar, daß die Gesetzgebung nur zum Schutze des noch nicht verlorenen Besitzes, nicht aber zur Wiedererlangung des Besitzes, die Selbsthilfe gestattet.

Bezüglich des Schutzes des noch nicht verlorenen Besitzes scheinen die Bestimmungen der §§. 19 und 344 des a. b. G. B. miteinander im Widerspruche zu stehen; denn dort wird die Nothwehr gestattet, und nur die Ueberschreitung der Grenzen derselben untersagt; hier aber wird die Verdrängung der Gewalt mit Gewalt nur dann erlaubt, wenn die richterliche Hilfe zu spät kommen würde.

Dieser Widerspruch ist jedoch nur anscheinend; denn auch im §. 19 wird die Nothwehr nicht im Allgemeinen erlaubt, sondern festgesetzt, daß Derjenige, welcher die Grenzen derselben überschreitet, verantwortlich ist. Im §. 344 wird dagegen näher bezeichnet, wann und wie die Nothwehr ausgeübt werden dürfe; nämlich:

a) wenn der Besitz noch nicht verloren ist;

b) wenn die richterliche Hilfe zu spät kommen würde; und

c) durch eine angemessene Gewalt **).

---

*) „Wer sich aber mit Hintansetzung derselben der eigenmächtigen Hilfe bedient, oder wer die Grenzen der Nothwehr überschreitet, ist dafür verantwortlich.“

**) Die Beschränkung, daß die Nothwehr nur dann erlaubt ist, wenn der

Die Regel, daß man sich nicht eigenmächtig in einen bereits verlorenen Besitz setzen könne, erleidet nur dann eine Ausnahme, wenn ein Dritter noch nicht in den Besitz der verlorenen Sache gelangte; weil in diesem Falle durch die Besitzergreifung das Besitzrecht eines Anderen nicht verletzt wird; der frühere Besitzer sonach, wie bei freistehenden Sachen (§. 381), sich, ohne erst die richterliche Mitwirkung ansprechen zu müssen, wieder in den Besitz setzen kann *).

In allen übrigen Fällen bleibt die Regel aufrecht, daß man sich nicht eigenmächtig in einen bereits verlorenen Besitz setzen dürfe.

§. 111.

Wann ist nach den Bestimmungen des a. b. G. B. ein Besitz als verloren anzusehen?

Wir wollen nun die Frage erörtern, wann nach den Bestimmungen des a. b. G. B. ein Besitz als verloren anzusehen ist.

Vor Allem unterscheidet das Gesetz den Besitz körperlicher und unkörperlicher Sachen.

1. Den Besitz einer körperlichen Sache verliert man, wenn die Sache zu Grunde geht. Dieses Falles erwähnt das a. b. G. B. nicht im §. 349, und führt nur folgende Fälle des Erlöschens des Besitzes an:

a) wenn dieselbe ohne Hoffnung, wieder gefunden zu werden, in Verlust geräth;

b) wenn sie freiwillig verlassen wird; oder

c) in fremden Besitz kommt.

ad a) Geräth die Sache in Verlust, so macht das Gesetz den

Verletzte sich der angemessenen Gewalt bedient, ist in das Strafgesetz nicht aufgenommen worden. Der dort vorkommende Ausdruck: nöthige Vertheidigung, um einen rechtswidrigen Angriff abzuwehren, begreift die Angemessenheit nicht in sich.

Mag es z. B. immerhin nicht möglich sein, sich im Besitze einer Pfeife, die 5 kr. kostet, anders zu erhalten, als durch das Erschießen des Angreifers, so wird dieses Schutzmittel allerdings als ein nöthiges, keineswegs aber als ein angemessenes erscheinen. Da die Gesetzgebung ein unangemessenes Schutzmittel offenbar nicht als straflos erklären konnte, so wäre es wohl angedeutet, dem Ausdrucke nöthige auch angemessene beizufügen.

*) Ein Dritter darf jedoch eine verlorene Sache nicht in Besitz nehmen (§. 388), weil durch den Verlust des Besitzes das Eigenthumsrecht noch nicht verloren geht, und Niemand berechtiget ist, eine fremde Sache eigenmächtig in Besitz zu nehmen.

Unterschied, ob Hoffnung vorhanden ist oder nicht, die verlorene Sache wieder zu erhalten *). Im ersteren Falle kann man sich durch den bloßen Willen in ihrem Besitze erhalten.

Ist die Sache lediglich in Verlust gerathen, so kann es mitunter zweifelhaft sein, ob auch der Besitz verloren gegangen sei, oder ob er durch den bloßen Willen noch fortgesetzt wird.

Es ist hier wohl nicht möglich, die Grenzlinie scharf zu ziehen, indem der Ausspruch hierüber, ob Hoffnung oder Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, die verlorene Sache zu erlangen, mitunter problematisch sein kann. Fallen z. B. während eines Schiffbruches Sachen in die Donau, und werden unverweilt Versuche gemacht, dieselben herauszufischen, so ist der Besitz aller wieder gehobenen Effecten nicht verloren gegangen, und würde sofort dem Besitzer der Besitz entzogen werden wollen, so hat er unzweifelhaft das Recht, sich im Besitze zu schützen. Sind aber die weiteren Aufsuchungen bereits aufgegeben worden, und wird gleichwohl in der Folge eine der versenkten Sachen aufgefunden, so kann der frühere Besitzer sie nicht mehr eigenmächtig dem Finder abnehmen **).

Meines Erachtens ist der Ausdruck „Hoffnung" im §. 349 und 352 minder entsprechend gewählt worden, und auch der von Dr. Stubenrauch vorgezogene Ausdruck „Wahrscheinlichkeit" würde das Aufhören des Besitzes nicht genügend bezeichnen.

Der Moment des Aufgebens der Hoffnung kann nicht präcise angegeben werden, weßhalb in einzelnen Fällen die Beurtheilung schwierig sein wird, ob der frühere Besitzer von dem ihm zustehenden Besitzrechte Gebrauch machen dürfe, wenn dieses Recht nur hievon abhängig gemacht wird, ob der Besitzer noch Hoffnung hatte, die Sache zu erlangen. Entsprechender, aber auch nicht genügend, wäre der Ausdruck „Wahrscheinlichkeit"; weil dann das Gesetz die Erhaltung

*) Dr. v. Stubenrauch meint, daß der Ausdruck „Hoffnung" minder passend sei, und daß es angemessener gewesen wäre, zu sagen: „so lange Wahrscheinlichkeit vorhanden ist." A. b. G. B. I. Bd., S. 697.

**) In diesem Sinne ist wohl auch das Fr. 13, pr. Dig. 41, 2, zu verstehen: Pomponius refert cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti, an dominium in integro fuerit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium meum retinere puto possessionem non puto. Dieses post tempus zeigt offenbar an, daß alle Versuche, die Sachen zu heben, bereits aufgegeben wurden. Sind aber die Sachen während der Operation des Suchens, und wenn dasselbe auch durch längere Zeit gedauert hätte, aufgefunden worden, so ist auch der Besitz noch nicht verloren gegangen.

des Besitzes nur Demjenigen gewährt hätte, der eine gegründete Hoffnung (Wahrscheinlichkeit) hat, die Sache zu erlangen. Aber auch die Bestimmung, daß bei vorhandener Wahrscheinlichkeit, die Sache zu erlangen, der Mentalbesitz fortgesetzt werde, würde den Zeitpunct des Aufhörens des Besitzes nicht sicher bezeichnen. In den Fällen des §. 384 *) setzt das Gesetz eine Frist fest, binnen welcher das Eigenthumsrecht selbst verloren geht, sonach auch der Besitz, mag immerhin der Besitzer nach Verfluß dieser Frist noch Hoffnung gehabt haben, die Sache zu erlangen, oder nicht.

Den Grundsätzen der Lehre über den Besitz entsprechend, ist die Bestimmung über den Mentalbesitz meines Dafürhaltens dahin aufzufassen, daß man den Besitz der Sache noch nicht verliert, so lange die factische Einwirkung auf die Sache nicht unmöglich wurde. Dies ist z. B. im Momente des Verlustes einer Sache während des Nachsuchens der Fall. Durch eine Fiction des Gesetzes wird in diesem Falle der Fortbestand des Besitzes angenommen. Hat sich in diesem Momente ein Dritter der Sache bemächtiget, so kann der frühere Besitzer gegen ihn das Besitzrecht allerdings geltend machen, weil er noch nicht vollends aufhörte, sie in seiner Gewahrsame zu haben. Hat aber die factische Einwirkung auf die Sache gänzlich aufgehört, so ist von einer Inhabung seitens des Besitzers keine Spur vorhanden, und derselbe hat sonach aufgehört, Besitzer zu sein; kann also das Besitzrecht gegen Denjenigen nicht mehr ausüben, der mittlerweile die Sache gefunden und den Willen äußert, sie als die seinige zu behalten. Mag daher der frühere Besitzer noch nach Jahren die Hoffnung nicht aufgeben, die Sache zu erlangen, so ist er doch bei einer richtigen Auffassung der Festsetzung der §§. 349 und 352 nicht mehr als Mentalbesitzer anzusehen, und kann gegen Denjenigen, der sich nach Jahren in den Besitz der Sache setzte, keine Eigenmacht ausüben, weil diese nicht mehr ad retinendam, sondern ad recuperandam possessionem gerichtet wäre, welche gesetzlich unzulässig ist.

---

*) Häusliche Bienenschwärme und andere zahme oder zahm gemachte Thiere sind kein Gegenstand des freien Thierfanges, vielmehr hat der Eigenthümer das Recht, sie auf fremdem Grunde zu verfolgen; doch soll er dem Grundbesitzer den ihm etwa verursachten Schaden ersetzen. Im Falle, daß der Eigenthümer des Mutterstockes den Schwarm durch 2 Tage nicht verfolgt hat, oder daß ein zahmgemachtes Thier durch 42 Tage von selbst ausgeblieben ist, kann sie auf gemeinem Grunde Jedermann, auf dem seinigen der Grundeigenthümer für sich nehmen und behalten (§. 384).

§. 112.

ad b) Der Besitz körperlicher Sachen geht ferner verloren, wenn die Sache freiwillig verlassen wird, d. i. wenn der Besitzer ausdrücklich oder stillschweigend den Willen, zu besitzen, aufgibt.

Nachdem der Inhaber nur dann Besitzer ist, wenn er zugleich den Willen hat, die Sache als die seinige zu behalten, so folgt von selbst, daß, wenn er diesen Willen aufgibt, er aufhört Besitzer zu sein, wenngleich er die Sache in seiner Inhabung behält. Diesfalls setzt der §. 319 fest: „wohl aber kann Derjenige, welcher bisher eine Sache in eigenem Namen rechtmäßig besaß, das Besitzrecht einem Andern überlassen, und sie künftig in dessen Namen inne haben."

Durch den bloßen Willen kann sonach der Besitz fortan erhalten werden, nicht aber durch die bloße Innehabung. Nur dann, wenn ursprünglich der Wille vorhanden war, der Besitzer aber in der Folge eines Wollens unfähig geworden ist, also auch nicht mehr im Stande wäre, einen neuen Besitz zu erwerben (§. 352), geht der Besitz nicht verloren, da zum Aufgeben des Besitzes eben so ein positiver Wille erforderlich ist, wie zur Erwerbung.

In diesem Zustande geht der Besitz mitunter nicht verloren, wenngleich auch von der Innehabung keine Rede sein kann. So wird nach dem Tode des Besitzers in Gemäßheit des §. 547, vor der Annahme des Erben, die Verlassenschaft so betrachtet, als ob sie noch von dem Verstorbenen besessen würde.

§. 113.

ad c) Der Besitz körperlicher Sachen hört endlich auf, wenn sie in fremden Besitz kommt. Die Rechte des Besitzers sind, so wie die Rechte des Eigenthümers, ausschließender Natur. Theile einer Sache, mögen es ideale oder physisch getrennte Theile sein, können aber allerdings von verschiedenen Personen besessen werden. Die Bestimmung des römischen Rechtes, daß es keine compossessio in solidum *) gibt, gilt nur von dem a u s s c h l i e ß l i c h e n Besitz, der zufolge seines Begriffes keinen Mitbesitz zuläßt. Die Bestimmung des §. 349, daß der Besitz einer Sache aufhöre, wenn sie in fremden Besitz kommt, gilt daher nur für den Fall, wenn der ausschließliche Besitz oder aus-

*) ...non magis enim eadem possessio apud duos esse potest quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris. Fr. 3, §. 55, Dig. 41, 2.

schließliche Mitbesitz *) auf einen Anderen übergeht, nicht aber auch dann, wenn ein Dritter nur einen Theil des Besitzes oder Mitbesitzes übernimmt. In diesem Falle hört zwar der ausschließliche Besitz der ganzen Sache oder eines idealen oder physischen Theiles auf; es übergeht aber dieser ausschließliche Besitz in einen Mitbesitz, und zwar entweder der ganzen Sache, oder eines idealen oder physisch getrennten Theiles.

So wie einerseits der Besitz einer Sache aufhört, wenn dieselbe in den ausschließlichen Besitz eines Anderen übergeht, eben so kann der Besitz einer Sache nicht erworben werden, so lange der frühere Besitzer noch im Besitze ist (contra naturam quippe est ut cum ego aliquid teneam tu quoque id tenere videaris. Fr. 3, §. 5, Dig. 41, 2).

So lange demnach durch den bloßen Willen der Besitz erhalten wird (§. 352), kann ein Anderer den Besitz nicht erlangen.

Wenn ein Dieb ein Pferd stiehlt, dasselbe sonach mit dem Willen, es für sich zu behalten, innehält, so ist er anscheinend bereits Besitzer des Pferdes; wird er aber von dem Eigenthümer verfolgt, und endlich ergriffen, so hat der Eigenthümer, ungeachtet die Sache anscheinend in fremden Besitz überging, den Besitz des Pferdes, sonach das Besitzrecht noch nicht verloren. Er ist also unzweifelhaft berechtiget, dem Diebe das Pferd eigenmächtig abzunehmen.

Die Regel des §. 349, daß der Besitz einer Sache verloren geht, wenn sie in fremden Besitz kommt, wird daher durch die Festsetzung des §. 352 dahin beschränkt, daß durch die fremde Besitzergreifung der Besitz dann nicht aufhört, wenn Derjenige, welchem die Sache entzogen wurde, noch Hoffnung hat, die verlorene Sache zu erhalten; weil er in diesem Falle als Mentalbesitzer anzusehen ist, und der ausschließliche Besitz zweier Personen auf dieselbe Sache nicht denkbar ist.

§. 114.

Wann der Besitz unkörperlicher Sachen verloren geht.

2. Bezüglich des Besitzes unkörperlicher Sachen (Rechte) wird im §. 312 die Regel aufgestellt, daß man in den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte durch den Gebrauch derselben im eigenen Namen kommt. Zur Erhaltung des Besitzes ist aber der fortwährende Gebrauch nicht immer erforderlich, was insbesondere aus der Bestimmung

*) Ist eine Realität unter fünf Mitbesitzer getheilt, so kann jeder einzelne Mitbesitzer ausschließlicher, oder in Gesellschaft mit mehreren anderen, Mitbesitzer eines Fünftel sein. Nur im ersten Falle höre ich auf Besitzer zu sein, wenn mein ausschließlicher Mitbesitz auf einen Dritten übergeht.

des §. 351 zu ersehen ist: „durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen, nicht verloren."

Bei der Beurtheilung der Frage, ob der Besitz eines Rechtes durch den Nichtgebrauch verloren gehe, sind zuvörderst:

I. Rechte eines Menschen über sein Eigenthum, und

II. Rechte, die gegen einen Dritten zustehen, zu unterscheiden.

ad I. Im ersten Falle geht zufolge der Festsetzung des §. 1459*) der Besitz des Rechtes durch den Nichtgebrauch in der Regel nicht verloren.

Ausnahmen von dieser Regel finden statt, wenn eine Person der anderen die Ausübung eines solchen Rechtes untersagt, oder sie daran verhindert hat, so fängt der Besitz des Untersagungsrechtes von Seite der Einen gegen die Freiheit der Anderen von dem Augenblicke an, als sich diese dem Verbote, oder der Verhinderung gefügt hat (§. 1459).

Uebereinstimmend mit dieser Bestimmung setzt der §. 313 des a. b. G. B. fest: „der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht, wenn auf fremdes Verbot ein Anderer das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt." Durch diese Festsetzung wird die Anordnung des §. 351 des a. b. G. B. ergänzt, welche lediglich den Verlust des Besitzes eines positiven, negativen oder prohibitiven Rechtes bespricht. Treibt sonach der Eigenthümer durch unzählige Jahre sein Vieh nicht auf seine Weide, so hat er den Besitz dieses Rechtes nicht verloren; wird ihm aber vom Nachbarn die Ausübung dieses Rechtes untersagt, oder das nach langer Unterbrechung auf die Weide getriebene Vieh verjagt, und hat sich der Eigenthümer dem Verbote oder der Verhinderung gefügt, so hat er seinen Besitz verloren, darf sonach von dem vor der Fügung ihm zustehenden Besitzrechte keinen Gebrauch machen, und es steht ihm nur das Recht zu, im Provisorial- oder im ordentlichen Rechtswege die richterliche Hilfe anzusuchen. Unterläßt er auch dies, so hat er nach Verfluß der Verjährungsfrist das Recht selbst verwirkt.

---

*) Die Rechte eines Menschen über seine Handlungen und über sein Eigenthum, z. B. eine Waare da oder dort zu kaufen, seine Wiesen oder sein Wasser zu benutzen, unterliegen, außer dem Falle, daß das Gesetz mit der binnen einem Zeitraume unterlassenen Ausübung ausdrücklich den Verlust derselben verknüpfet, keiner Verjährung (§. 1459).

Auch in diesem Falle des Verlustes des Besitzrechtes kann es mitunter wie beim Verluste körperlicher Sachen zweifelhaft erscheinen, ob der Besitz thatsächlich bereits verloren wurde, und dem Besitzer das Recht der Selbsthilfe nicht mehr zusteht, weil das Gesetz die Frist nicht bestimmt, binnen welcher der Gestörte den Störer zu verdrängen hat, um ihn nicht in den Besitz des Untersagungsrechtes gelangen zu lassen.

§. 115.

ad II. Nun wollen wir auf den zweiten Fall übergehen, auf den Verlust des Besitzes eines Rechtes, welches auf eine fremde Sache oder überhaupt gegen einen Dritten zusteht.

Diese Rechte sind entweder positive, negative oder prohibitive. Der Besitz derselben erlischt nach der Bestimmung des §. 351 des a. b. G. B., wenn der Gegentheil das, was er sonst geleistet hat, nicht mehr leisten zu wollen erklärt; wenn er die Ausübung des Rechtes eines Anderen nicht mehr duldet, oder wenn er das Verbot, etwas zu unterlassen, nicht mehr achtet, der Besitzer aber in allen diesen Fällen es dabei bewenden läßt, und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt.

Hiebei ist wohl in's Auge zu fassen, daß durch den bloßen Nichtgebrauch der Besitz des Rechtes noch nicht verloren geht, es sei denn, daß das Recht durch die ordentliche oder außerordentliche Verjährungszeit nicht ausgeübt worden wäre, in welchem Falle nicht nur der Besitz des Rechtes, sondern das Recht selbst verloren geht.

Wer also auf fremdem Grund die Servitut des Weiderechtes hat, und dieses Recht Jahre lang nicht ausübte, hat das Besitzrecht nicht verloren. Ist aber die Ausübung des Servitutsrechtes in Folge eines Verbotes oder einer Verhinderung unterblieben, und hat sich der Besitzer in dieses Verbot gefügt, so hat er in Gemäßheit des §. 351 aufgehört Besitzer der Dienstbarkeit zu sein. Im Einklange mit der Bestimmung des §. 351, daß der Besitz eines Rechtes durch den bloßen Nichtgebrauch nicht verloren geht, verfügt der §. 1482 des a. b. G. B.: „Auf gleiche Weise wird Derjenige, welcher ein Recht auf einem fremden Grunde in Ansehung des Ganzen oder auf verschiedene beliebige Arten ausüben konnte, bloß dadurch, daß er es durch noch so lange Zeit nur auf einem Theile des Grundes oder nur auf eine bestimmte Weise ausübte, in seinem Rechte nicht eingeschränkt; sondern die Beschrän-

kung muß durch Erwerbung oder Ersitzung des Untersagungs- oder Hinderungsrechtes bewirkt werden." So wie demnach der Eigenthümer den Besitz des Rechtes, sein Vieh auf der nördlichen Hälfte seiner Weide zu weiden nicht verliert, wenngleich er durch viele Jahre nur die südliche Hälfte benützte, so verliert er auch in dem Falle, wenn ihm auf dem benachbarten Gute das Weiderecht zusteht, den Besitz dieses Rechtes auf eine Hälfte der Weide nicht, wenngleich er dasselbe, wiewohl es ihm auf die ganze Weide eingeräumt wurde, stets nur auf der anderen Hälfte ausübte. Wird ihm aber die Benützung der anderen Hälfte untersagt, und fügte er sich in das Verbot, so ist der Besitz erloschen.

Die Regel, daß durch den bloßen Nichtgebrauch der Besitz des Rechtes nicht verloren geht, gilt sonach sowohl bezüglich der Rechte eines Menschen, über seine Handlungen und über sein Eigenthum frei zu verfügen, als auch bezüglich der Rechte gegen einen Dritten. Der einzige Unterschied besteht nur darin, daß im ersten Falle, durch den bloßen Nichtgebrauch der Besitz des Rechtes nie verloren geht, es sei denn, daß der Gegner bereits in den Besitz des Untersagungsrechtes gelangte; im letzteren Falle aber Rechte gegen einen Dritten durch den Nichtgebrauch nach Ablauf der Ersitzungszeit, auch wenn der Gegner nicht in den Besitz des Untersagungsrechtes gelangt wäre, verjähren, sonach auch vom Besitz des Rechtes keine Rede sein kann. Hiebei ist aber nicht zu übersehen, daß auch bei Rechten, die gegen einen Dritten zustehen (z. B. Servituten), nur dann, wenn das ganze Recht durch die Ersitzungszeit nicht ausgeübt wird, dasselbe durch den bloßen Nichtgebrauch verjährt. Wurde aber das Recht theilweise ausgeübt, z. B. vermöge des im fremden Walde zustehenden Holzungsrechtes stets nur in einem Theile des Waldes geholzt, so ist in Gemäßheit des §. 1482 weder das Recht, auch in den übrigen Waldtheilen Holz zu fällen, verjährt, noch hat der Besitz des Servitutsrechtes in den bisher nicht benützten Waldtheilen aufgehört. Durch die theilweise Ausübung des Rechtes wird das ganze Recht aufrecht erhalten. Eben dieses ist zufolge des §. 1482 auch auf den Fall anzuwenden, wenn Jemand ein gegen alle Mitglieder einer Gemeinde zustehendes Recht bisher nur gegen gewisse Mitglieder derselben ausgeübt hat.

Der Besitz der Rechte geht ferners verloren durch Aufgeben des Willens zu besitzen, durch Verzichtleistung, durch Untergang der Sache, an der das Recht ausgeübt werden soll.

§. 116.

Ist die eigenmächtige Hilfe dann gestattet, wenn der Besitz nach den Bestimmungen des a. b. G. B. zwar nicht als verloren anzusehen ist, thatsächlich aber nicht ausgeübt wurde?

Die Gesetzgebung ist, wie wir gesehen haben, der Eigenmacht sehr abhold. Dies ist ja einer der vornehmsten Zwecke des Eintrittes in den Staatsverband, daß Niemanden gestattet werde, Richter und Executor in eigener Angelegenheit zu sein; zumal durch diese Gestattung die Sicherheit der Rechte äußerst gefährdet, und das wilde Treiben urwüchsigen Naturstandes wieder hervorgerufen werden würde.

Nur in wenigen Fällen wird die eigenmächtige Hilfe erlaubt, nämlich zur Abwehrung eines Angriffes (moderatam inculpatae tutelae). Aber auch in diesem Falle dürfen die Grenzen der gerechten Nothwehr nicht überschritten werden, und eine Abwehr der Gewalt darf nur dann stattfinden, wenn es zu spät wäre, die richterliche Hilfe anzusuchen. Ob diese Bedingung der Zulässigkeit der Selbsthilfe eingetreten sei, wird wohl in einzelnen Fällen problematisch sein. Durch die Beifügung dieser Clausel hat aber die Gesetzgebung jedenfalls zu erkennen gegeben, daß sie der Selbsthilfe möglichst Schranken zu setzen bemüht war, und daß die Nichtgestattung der eigenmächtigen Hilfe als Regel zu gelten habe.

Die Gesetzgebung hat ferner das Befugniß der Selbsthilfe nicht Demjenigen eingeräumt, der lediglich das Recht zum Besitze hat (§. 320), sondern dem Besitzer (§. 339, 344). Reflectirt sonach das Gesetz hiebei nicht auf das Recht, und wird in jenen Fällen, in welchen nach den Bestimmungen des a. b. G. B. der Besitz nicht als verloren anzusehen ist, nicht ein factischer Zustand, sondern das Recht zum Besitze beachtet, so ist es klar, daß die Gesetzgebung im §. 344 Demjenigen, der bloß ein Recht zum Besitze hat, der nur als Besitzer angesehen wird, aber nicht thatsächlich Besitzer ist, das Befugniß nicht einräumen wollte, den Eingriff in die Fortsetzung seines Besitzes mit Gewalt abzuwehren.

§. 117.

Der Mentalbesitzer hat allerdings das Recht, von der eigenmächtigen Hilfe Gebrauch zu machen.

Als Mentalbesitzer sehen wir aber nur Denjenigen an, der noch nicht außer allem Einfluß auf die Sache gesetzt wurde, sonach die Innehabung noch nicht gänzlich verloren hat. Hätte er bereits alle Einwirkung auf die Sache verloren, so würde er, wenngleich er subjectiv noch

immer nicht die Hoffnung aufgab, die Sache zu erlangen, im Sinne des Gesetzes, wie wir oben erörterten, auch nicht als Mentalbesitzer anzusehen sein. Mag man ihn aber im Grunde einer unrichtigen Auslegung des Gesetzes noch immer als Mentalbesitzer ansehen, so ist es doch gewiß, daß Jener, der außer aller Einwirkung auf die Sache sich befindet, wenngleich er das Recht auf die Sache noch nicht verloren hat, sich nach der Regel des §. 320 nicht eigenmächtig in den factischen Besitz setzen dürfe.

§. 118.

Nur der factische Besitzer unkörperlicher Sachen kann von der Selbsthilfe Gebrauch machen.

Eben so kann die Störung des Besitzes unkörperlicher Sachen (Rechte) nur dann mit Gewalt vertrieben werden, wenn man thatsächlich den Besitz ausübt, und nicht auch dann, wenn man bloß durch eine Fiction ungeachtet der unterlassenen Ausübung des Rechtes als Besitzer erscheint.

Wer sonach das Holzungsrecht in einem fremden Walde hat, dieses aber Jahre lang nicht ausübt, darf bei der nächsten Ausübung dieses Rechtes, wenn dieselbe verhindert wird, nicht Gewalt mit Gewalt verdrängen.

Derjenige, der auf fremder Weide das Weiderecht hat, dieses aber stets nur auf der südlichen Hälfte ausübte, darf, wiewohl er dadurch den Besitz des Weiderechtes im ganzen Umfange der Weide nicht verloren hat, beim ersten Versuche, das Weiderecht auf der nördlichen Hälfte auszuüben, falls er vertrieben wird, sein Besitzrecht nicht eigenmächtig geltend machen.

Anders verhält sich die Sache bezüglich des Rechtes über sein Eigenthum. Wird dieses Recht stets nur auf einen Theil oder in einer gewissen Art ausgeübt, so darf der Eigenthümer, sobald er verhindert wird, sein Eigenthumsrecht auf einem andern Theile oder in einer anderen Weise auszuüben, wenn die richterliche Hilfe zu spät kommen würde, Gewalt mit Gewalt verdrängen; aber nicht deßhalb, weil er durch den theilweisen Gebrauch den Besitz des Rechtes im vollsten Umfange nicht verloren hat, sondern weil er in Folge der Besitzergreifung des Gutes (§. 312) Besitzer desselben geworden ist, in Folge dieses Besitzes daher alle Rechte des Eigenthümers ausüben darf. Gesetzt, der Eigenthümer pflanzte seit Jahren auf seinem Ackerfelde keine Bäume; nun fällt es ihm bei, die Gartenagricultur ein-

zuführen. Der benachbarte Grundbesitzer will ihm dies verwehren, weil die Bäume auf seine Felder nachtheilig einwirken würden. Hier kann der Grundherr Gewalt mit Gewalt vertreiben, denn wenngleich er das Recht, Bäume zu pflanzen, nie ausübte, so ist er doch im factischen Besitze des Grundes und Bodens, auf dem er nach Belieben pflanzen kann, was er will. Hätte der Eigenthümer einem Dritten auf seinem Gute das Weiderecht eingeräumt, so darf er die Weide nicht eigenmächtig in einen Acker umwandeln (§. 485), denn die Ausübung des Eigenthumsrechtes findet nur in sofern statt, als dadurch in die Rechte eines Dritten kein Eingriff geschieht (§. 364). Hat der Eigenthümer einem Dritten das Weiderecht eingeräumt, und sein eigenes Vieh durch lange Zeit nicht auf die Weide treiben lassen, so würde er, falls ihm verwehrt werden wollte, sein Vieh auf die Weide zu treiben, wenn es zu spät wäre die richterliche Hilfe anzusuchen, Gewalt mit Gewalt vertreiben können, da ihm kraft des Eigenthumsrechtes (§. 502) das Mitweiderecht zusteht, er fortan im factischen Besitze des Grundes und Bodens ist, sonach nicht als fingirter, sondern als wirklicher Besitzer anzusehen ist.

§. 119.

Berechtigung zur Provisorialklage.

Wir wollen nun zur Lösung der praktisch sehr wichtigen Fragen übergehen:

1. Ob der Besitzer, wenngleich er nach den Bestimmungen des a. b. G. B. den Besitz bereits verloren hat, sonach sich eigenmächtig in den Besitz nicht mehr setzen darf, gleichwohl im Provisorialwege geschützt werden könne?

2. Ob Derjenige, welcher sein Recht durch längere Zeit nicht ausübte, aber den Besitz durch den bloßen Nichtgebrauch nicht verloren hat, auf einen Provisorialschutz Anspruch machen dürfe?

ad 1. Wird der Besitzer in seinem Besitze gestört, so kann er, damit der Gegner nicht in den Besitz des Untersagungsrechtes komme, in Gemäßheit des §. 344, im Falle die richterliche Hilfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abtreiben, oder um richterlichen Schutz ansuchen. Hat er dies zu thun unterlassen, so hat er zwar den Besitz sowohl körperlicher als unkörperlicher Sachen verloren, weil ein Dritter bereits in den Besitz gelangte; es bleibt ihm aber zufolge der kais. Vdg. vom 27. Oct. 1849, R. G. B. Nr. 12,

unbenommen, doch nur längstens in dreißig Tagen von der erlangten Wissenschaft der Störung, um die Wiedereinsetzung in den Besitz und Untersagung der weiteren Störung zu bitten. — Würde der Besitzer, nachdem sein Besitz bereits verloren gegangen ist, die Provisorialklage nicht anstrengen, sondern sich eigenmächtig wieder in den Besitz setzen, so übergeht das Recht, sich zu schützen und die Provisorialklage zu überreichen, auf den Gegner, welcher in den Besitz des Untersagungsrechtes gelangte und in diesem Besitze eigenmächtig gestört wurde. Nun würde der frühere Besitzer als Störer angesehen und über die erhobene Provisorialklage verhalten werden, den bereits erlangten ruhigen Besitz seines Gegners (des frühern Störers) nicht zu stören. Hat sonach ein Dritter auf meine Hutweide sein Vieh getrieben, und habe ich es nicht sogleich verjagt, oder nicht sogleich *) um richterliche Hilfe angesucht, so gelangte der Dritte in den Besitz des Untersagungsrechtes (§. 1459). Von diesem Augenblicke an darf er von mir nicht mehr eigenmächtig gestört werden. Würde ich gleichwohl, nachdem ich ihn eine Zeit lang die Hutweide benützen ließ, sein Vieh verjagen, so bin ich als Störer anzusehen, und gegen mich könnte mit Erfolg die Provisorialklage angestrengt werden. Wohl aber stand mir, ungeachtet mein Gegner in den ruhigen Besitz des Untersagungsrechtes gelangte, das Recht zu, innerhalb dreißig Tagen von der erlangten Wissenschaft der Störung, die Provisorialklage zu überreichen, und werde im Besitz geschützt werden müssen, obwohl mein Gegner noch vor Ueberreichung der Provisorialklage sich schon im ruhigen Besitze befand, weil bei der Entscheidung in Provisorial-Angelegenheiten nicht auf nachgefolgte Thatsachen zu reflectiren, sondern auf den Zeitpunct der Störung zurückzusehen und zu erwägen ist, wer sich zu jener Zeit im factischen Besitze befand.

§. 120.

ad 2. Wie oben erörtert wurde, hört durch den Verlust der Sache, so lange noch Hoffnung vorhanden ist, dieselbe zu erlangen, und durch den Nichtgebrauch des Rechtes nicht immer der Besitz desselben auf. Nun ist die Frage, ob ein derlei Besitzer, wenn er in der Ausübung des Rechtes verhindert wird, gegen Denjenigen, der ihm die Ausübung untersagt, im Provisorialwege auftreten dürfe?

*) Die Frage, welche Zeit der Nichthinderung der Störung erforderlich ist, damit der Gegner in den ruhigen Besitz gelange, ob binnen 12, 24 oder 48 Stunden, Gewalt mit Gewalt zu verdrängen, oder die richterliche Hilfe anzusuchen ist, wird in unserem Gesetze nicht ausgesprochen.

Den entzogenen oder gestörten Besitz kann man im Allgemeinen auf eine zweifache Art erlangen; entweder durch die Besitzklage im Rechtswege (possessorium ordinarium), oder durch die Provisorialklage (in possessorio summarissimo).

Die erstere Klage kann allerdings der rechtmäßige Besitzer überreichen, so lange er nach den Bestimmungen des a. b. G. B. als Besitzer anzusehen ist, ja selbst dann, wenn der Gegner den Besitz des Untersagungsrechtes bereits erlangte, sich aber widerrechtlich in den Besitz setzte. Auf einen Provisorialschutz hat aber Derjenige keinen Anspruch, welcher nach den Festsetzungen des a. b. G. B. noch immer als Besitzer anzusehen ist, zur Zeit der Störung aber nicht letzter factischer Besitzer war; weil nach der kais. Vdg. vom 27. Oct. 1849, R. G. B. Nr. 12, im Provisorialprocesse der letzte factische Besitzer in Schutz zu nehmen ist.

Der §. 5 der bezogenen kais. Vdg. setzt nämlich fest: „In diesem summarischen Verfahren hat der Richter von Amtswegen sich gegenwärtig zu halten, und die Parteien dahin zu leiten, daß es einzig auf die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten factischen Besitzstandes und der erfolgten Störung ankomme."

Nun ist Derjenige, der durch längere Zeit, mitunter durch Jahre, sein Recht gar nicht, oder nicht auf alle Arten und in allen Theilen ausgeübt hat, eigentlich kein factischer Besitzer; denn der factische Besitz des Rechtes besteht in der Ausübung desselben (§. 312).

Nicht Derjenige, der ein Recht zum Besitze hat; nicht Derjenige, der den Besitz nach den Bestimmungen des a. b. G. B. ausüben darf; nicht Derjenige, der noch fortan als Besitzer anzusehen ist, sondern nur der factische Besitzer, d. i. Derjenige, der den Besitz wirklich ausübt, und zwar wieder nur in sofern, als er ihn ausübt, ist zu schützen; weil in der bezogenen kais. Vdg. bloß der letzte factische Besitzstand als maßgebend bezeichnet wird. Wozu hätte die Gesetzgebung den Ausdruck factischen gewählt, wenn es nicht auf die Thatsache der Ausübung, sondern auf das Recht zur Ausübung, auf den zwar nicht ausgeübten, aber nach den Bestimmungen des a. b. G. B. noch nicht verlorenen Besitz ankommen würde.

Müßte man bei Provisorialerhebungen nicht den letzten factischen Besitzstand allein berücksichtigen, sondern die Frage zum Gegenstand der Erörterung machen, ob der angeblich in seinem Besitze Gestörte nicht etwa einen umfassenderen Besitz erworben habe, als zuletzt ausgeübt wurde, so würden derlei Provisorialerhebungen ihren Zweck,

„unverweilt den Besitzstand sicherzustellen," ganz verfehlen, indem derlei Erhebungen darüber, ob vor Jahren der Provisorialwerber thatsächlich einen umfassenderen Besitz als zuletzt ausgeübt habe, sich sehr in die Länge ziehen würden. Ueberdies wird im §. 15 der bezogenen kais. Vdg. festgesetzt: „Die Entscheidung gilt bloß als einstweilige Norm für den letzten factischen Besitzstand, oder sie spricht provisorisch nach dem Gesetze eine Untersagung oder Sicherstellung aus; sie hindert keinen Theil, ein stärkeres Recht zum Besitze und die davon abhängigen Rechtsansprüche im ordentlichen Verfahren geltend zu machen."

Ganz anders verhält es sich mit der ordentlichen Besitzklage. Diese kann noch immer angestrengt werden, wenngleich dem Gestörten kein Recht zur eigenmächtigen Hilfe zusteht, und er auch nicht mehr mit der Provisorialklage auftreten kann. Hier wird nicht ein factischer Zustand, sondern das Recht zum Besitze beachtet.

§. 121.

Soll der Provisorialwerber in Schutz genommen werden, so muß er zur Zeit der erfolgten Störung im factischen Besitze sich befunden haben. Ist dies der Fall, so verliert er das Recht, den Provisorialschutz anzusprechen, keineswegs, wenngleich zur Zeit der Klage der Gegner sich bereits im ruhigen Besitze befand; denn die bezogene kais. Vdg. setzt eine Frist von 30 Tagen von der Kenntnißnahme der Störung an, zur Ueberreichung dieser Klage fest.

In dieser Beziehung unterscheidet sich das Befugniß zur Eigenhilfe von der Berechtigung, die Provisorialklage zu überreichen, darin, daß die Eigenhilfe nur in instanti gestattet ist, indem im §. 344 nur erlaubt wird, Gewalt mit Gewalt abzutreiben; während die Provisorialklage eine geraume Zeit nach der geübten Gewalt überreicht werden kann, wenn man von dem Störungsfactum mitunter erst nach Monaten Wissenschaft erhielt, und selbst dann wird noch eine Frist von 30 Tagen eingeräumt, wenngleich mittlerweile der Gegner bereits in den Besitz des Untersagungsrechtes gelangt wäre.

§. 122.

Worauf kommt es bei Provisorialerhebungen an?

Bei Besitzstörungsklagen ist sonach auf nachstehende Momente Rücksicht zu nehmen:

a) ob eine Störung des Besitzes thatsächlich stattgefunden habe;

b) ob von der Störung an, 30 Tage bis zur Ueberreichung der Klage nicht verstrichen sind, ob und wann, im Falle diese Frist bereits abgelaufen wäre, der Gestörte von der Störung Kenntniß erhielt, und ob von diesem Zeitpuncte an 30 Tage noch nicht verflossen sind;

c) ob der Provisorialwerber zur Zeit der Störung sich im factischen Besitze befand?

ad a) Die Störung im Besitze findet statt, indem man sich auf fremden Besitz eindrängt, und dort entweder selbst Besitzacte unternimmt, z. B. einen fremden Acker umackert, bebaut, das Gras abmäht; oder der Ausübung des Besitzes Hindernisse setzt, z. B. einen Weg verlegt, ein Durchgangsthor vermauert, das Vieh von der Weide vertreibt, die Holzhauer aus dem Walde verjagt; oder die Ausübung des Besitzes (mit oder ohne Drohung) untersagt, was man sonst geleistet hat, nicht mehr leisten zu wollen erklärt; das Gebot, etwas zu unterlassen, nicht mehr achtet.

§. 123.

ad b) Bezüglich der 30-tägigen Frist ergeben sich in der Praxis Zweifel sowohl über die Frage, ob auf die Versäumung derselben von Amtswegen zu reflectiren sei? als auch über die weitere Frage, wer, im Falle eine spätere Kenntnißnahme behauptet wird, den diesfälligen Beweis zu führen habe?

Anlangend die erstere Frage, hört man öfters die Ansicht verfechten, daß die 30-tägige Frist eine Verjährungsfrist ist, weil nach Verlauf derselben das Recht, die Provisorialklage zu überreichen, erlischt, daß sonach in Gemäßheit des §. 1501 des a. b. G. B. ohne Einwendung der Parteien, auf den Verfluß dieser Frist von Amtswegen kein Bedacht zu nehmen ist. Diese Ansicht erscheint jedoch ungegründet, wenn erwogen wird, daß nach Ablauf der fraglichen Frist ein Act des gerichtlichen Verfahrens nur nicht mehr gestattet ist. Diese Frist ist also, so wie andere Fristen der Gerichtsordnung, und zwar als eine Fallfrist, die keine weitere Erstreckung zuläßt, anzusehen, zumal im Provisorialwege lediglich der letzte factische Besitz zu ermitteln ist, welcher nach Verlauf von vielen Monaten mit Zuverlässigkeit kaum sichergestellt werden könnte. Hat der Provisorialwerber nach der Störung eine lange Zeit verstreichen lassen, bis es ihm einfiel um den Provisorialschutz anzusuchen, so ist wohl anzunehmen, daß ihm an dem augenblicklichen provisorischen Schutze eben nicht viel gelegen

ist. Es wäre also kein Grund vorhanden, eine Entscheidung zu fällen, die mitunter ungerecht sein kann, weil sie sich eben nicht auf das Recht bezieht, sondern bloß einen factischen Zustand berücksichtiget.

§. 124.

Eine Wiedereinsetzung wegen abgelaufener Frist findet nicht statt.

Von einer Wiedereinsetzung wegen abgelaufener Frist kann schon deßhalb keine Rede sein, weil dieselbe überhaupt nur dann bewilliget werden könnte, wenn die Frist ohne Verschulden des Erstreckungswerbers abgelaufen ist. Auf die Möglichkeit, daß diese Frist unverschuldet verstreichen könne, hat die Gesetzgebung anderweitig Bedacht genommen, indem festgesetzt wurde, daß die 30 Tage von der Kenntnißnahme der Störung zu zählen sind.

§. 125.

Anlangend die zweite Frage, wer die spätere Kenntnißnahme zu erweisen habe? dürfte die Annahme, daß Derjenige, welcher die spätere Kenntnißnahme behauptet, diese beweisen müsse, den Regeln der Beweistheorie entsprechend erscheinen. Denn in der obigen kais. Vdg. wird als Regel festgesetzt, daß die 30 Tage von der Störung an zu laufen haben, und nur ausnahmsweise wird eine längere Frist eingeräumt, wenn die Kenntnißnahme später erfolgte. Wer diesen Ausnahmsfall behauptet, muß daher auch nachweisen, daß die Bedingung eingetreten ist, unter welcher diese Ausnahme gesetzlich zulässig erscheint. Ja es ist nicht einmal nothwendig, daß der Gegner die Verspätung rüge, und die Beweisführung der späteren Kenntnißnahme fordere; weil, wie wir oben bemerkten, der Richter von Amtswegen darauf zu sehen hat, ob der Termin eingehalten wurde. Er müßte sonach bei einer nach 30 Tagen überreichten Provisorialklage, wenn die spätere Kenntnißnahme nicht erwiesen wird, den Provisorialwerber abweisen.

§. 126.

Ermittlung des letzten factischen Besitzstandes.

ad c) Wie oben dargethan wurde, ist in Provisorialverhandlungen insbesondere zu ermitteln, ob der Provisorialwerber sich thatsächlich im letzten factischen Besitze befand.

Hiebei ist der Unterschied des Rechtes, über sein Eigenthum zu

verfügen, und der Rechte gegen dritte Personen, scharf in's Auge zu fassen.

Wird der Besitzer eines Gutes in der Ausübung irgend eines Rechtes, über dasselbe zu verfügen, gestört, so kann er, wie wir oben erörtert haben, sobald erwiesen wird, daß er factischer Besitzer des Gutes ist, den Provisorialschutz ansprechen, wenngleich das Recht, welches ihm auszuüben untersagt wird, z. B. eine Weide in ein Ackerfeld umzuwandeln, von ihm nie ausgeübt worden wäre. Hat aber Jemand ein Recht gegen einen Dritten, z. B. das Holzungsrecht, in einem fremden Walde stets nur im nördlichen Theile desselben, im sogenannten Fürstenwald, factisch ausgeübt, und will er nun das ihm im ganzen Walde eingeräumte Holzungsrecht auch im südlichen Theile, im sogenannten Franzenswald, ausüben, worin er aber vom Eigenthümer gehindert wird, so hat er allerdings das Recht, eine ordentliche Besitzklage zu überreichen. Nicht so zweifellos ist es, daß er auch im Provisorialwege zu schützen sei, weil, wenngleich er im Grunde der theilweisen Ausübung des Holzungsrechtes noch immer als Besitzer dieses Rechtes im ganzen Umfange des Waldes erscheint, er doch factisch dasselbe immer nur im nördlichen Walde, nicht aber in den bisher nicht benützten Waldtheilen ausgeübt hat.

Hiebei ist nicht zu übersehen, daß das Gesetz unter dem Ausdrucke: „letzter factischer Besitzstand," nicht einen Besitzstand der letzten Tage, Wochen, Monate verstehe, sondern einen Besitzstand, der durch den Besitz des Gegners nicht unterbrochen wurde, oder nicht als aufgegeben anzusehen ist.

Ergab sich die Gelegenheit und der Anlaß, den Besitz auszuüben, bereits vor längerer Zeit, und wurde der Besitz damals ausgeübt, seither aber, weil kein Anlaß hiezu vorhanden war, nicht mehr, so ist der Besitzer gleichwohl als letzter factischer Besitzer in Schutz zu nehmen. Wird sonach im obigen Beispiele mit der Ausübung des Holzungsrechtes im Walde stets weiter und weiter vorgeschritten, und gelangt man endlich in den südlichen Theil, so darf hier allerdings gegen die Verweigerung ein Provisorium begehrt werden.

Es ist nicht zu verkennen, daß der Ausdruck: „letzter factischer Besitzstand," bei der Erhebung und Beurtheilung der Provisorialangelegenheiten mannigfache Schwierigkeiten bereite.

Wird ein Recht nur selten ausgeübt, z. B. der Fischfang nur alle 3 Jahre, und hat Derjenige, dem dieses Recht vom Eigenthümer zur Hälfte eingeräumt wurde, dasselbe im Jahre 1853, 1856, 1859

ausgeübt, dagegen die Ausübung dieses Rechtes im Jahre 1861 unterlassen, so ist er nicht berechtiget, wenn er im Jahre 1864 zum Fischfange vom Eigenthümer nicht zugelassen wird, gegen den Eigenthümer im Provisorialwege aufzutreten, zumal als letzter factischer Besitzstand jener vom Jahre 1861 anzusehen sein wird. Pflegt ein Recht jeden Sommer ausgeübt zu werden, z. B. das Weiderecht, und hat der Berechtigte im Jahre 1864 nicht gleich am 1. Mai beim Beginne der Weide, sondern erst in den nächstfolgenden Tagen sein Vieh auf die Weide treiben lassen, so kann er, falls der Eigenthümer sein Vieh verjagen wollte, wenn er im Jahre 1863 das Mitweiderecht ausübte, allerdings mit der Provisorialklage auftreten, weil hier als letzter factischer Besitz wohl nicht der heurige, welcher nicht zugelassen wird, sondern der Besitz im abgelaufenen Jahre zu verstehen sein wird.

Schwieriger ist es, bei Dienstbarkeiten, die continuirlich ausgeübt werden, zu beurtheilen, was als letzter factischer Besitz anzusehen ist; z. B. bei einer Servitut des Fahrweges durch einen Wald. Gesetzt, der Grundherr N. hat durch eine Reihe von Jahren den Weg durch den Wald Vladimir benützt, um aus seinem Walde auf diesem Wege das Holz zu verführen. Ist es wohl, um in dem Besitze desseben geschützt zu werden, nothwendig, daß er tagtäglich diesen Weg benützt habe; oder genügt es, wenn überhaupt vor Jahren diese Servitut ausgeübt wurde, seit einer geraumen Zeit aber nicht mehr? Es unterliegt keinem Zweifel, daß die tägliche Ausübung dieses Rechtes nicht erforderlich ist, und daß er gleichwohl im Provisorialwege zu schützen sein wird, wenn er bei der letzten Ausfuhr des Holzes aus seinem Walde diesen Weg benützt hat; mag dies vor Wochen, Monaten oder Jahren der Fall gewesen sein. Hat aber der Berechtigte durch einige Zeit das Holz aus dem Walde über einen anderen Weg verführen lassen, und will er in der Folge den früheren Waldweg benützen, so könnte er sich, wenn diese Benützung ihm verweigert wird, meines Dafürhaltens auf den letzten factischen Besitz nicht berufen. Wohl aber kann er eine Besitzklage überreichen, weil er durch den Nichtgebrauch zwar aufgehört hat, factischer Besitzer zu sein, den Besitz selbst aber nicht verloren hat.

War die Servitut des Waldweges nur zu gewissen Zeiten auszuüben, z. B. wegen der tieferen Lage des Waldes nur im Winter, oder in einer trockenen Jahreszeit, und wurde nach andauerndem Regenwetter ein weiterer Weg benützt, so könnte, wenn im nächsten Winter das Fahren verwehrt werden würde, der Berechtigte allerdings einen

provisorischen Schutz verlangen; denn bei der Erörterung des letzten Besitzstandes ist wohl auch darauf zu sehen, ob sich ein Anlaß, eine Gelegenheit zur Ausübung des Rechtes ergeben, und diese unbenützt gelassen wurde. Bei der Beurtheilung der Frage, wer im letzten factischen Besitze sich befand, ist überhaupt nicht eine vereinzelte Thatsache in Betracht zu ziehen. Sowohl das Wort besitzen bei körperlichen Sachen, als auch das Wort gebrauchen bei unkörperlichen Sachen (Rechten), setzt nach dem gemeinen Sprachgebrauche eine Wiederholung voraus.

Wer einmal in den fremden Wald kömmt, und dort Bäume fällt, ist noch nicht factischer Besitzer des Holzungsrechtes, kann also, wenn er bei der zweiten oder dritten Fällung betreten und verjagt wird, keineswegs auf einen Provisorialschutz Anspruch machen.

So wie der factische Besitz eine Wiederholung voraussetzt, so kann auch der bereits ausgeübte Besitz wieder nicht im Grunde einer einzigen Unterlassung der Ausübung aufhören, factischer Besitz zu sein.

Darüber, wie viel Mal der Besitz ausgeübt werden müsse, um als letzter factischer Besitz angesehen zu werden, oder wie viel Mal man die Ausübung unterlassen haben müsse, um nicht mehr letzter factischer Besitzer zu sein, ist natürlich im Gesetze keine Bestimmung enthalten.

Für den Richter dürfte bei der diesfälligen Beurtheilung die Erwägung einigen Anhaltspunct gewähren, daß die Gesetzgebung einen factischen Zustand deßhalb in Schutz zu nehmen gebietet, weil es einerseits, wo es sich um eine schleunige Entscheidung handelt, unthunlich ist, in die Ventilirung der Frage einzugehen, ob der Provisorialwerber auch thatsächlich das Recht zum Besitze habe, und weil andererseits vorausgesetzt wird, daß der factische Besitzer auch rechtlicher Besitzer ist, weil sonst der Gegner die Ausübung des Besitzes nicht geduldet haben würde. Diese Voraussetzung kann aber nur dann eintreten, wenn entweder constatirt ist, daß der Gegner von der wiederholten Ausübung Wissenschaft hatte, und gleichwohl die unternommenen Besitzacte nicht verwehrte, oder wenn die Besitzacte so oft und öffentlich wiederholt wurden, daß füglich eine Nichtwissenschaft des Gegners nicht angenommen werden kann, und daher wieder präsumirt wird, daß er in die Besitzausübung einwillige.

Wenn sonach constatirt ist, daß ein Bauer zu wiederholten Malen sein Vieh auf die fremde Hutweide trieb, und daß der Eigenthümer der

Hutweide, ungeachtet er hievon Wissenschaft hatte, die Ausübung des Weiderechtes nicht untersagte, ihn aber gleichwohl in der Folge vertreibt, so kann der Bauer sich allerdings auf den letzten factischen Besitz berufen, und wird in diesem Besitze zu schützen sein. Fand aber die Ausübung des Rechtes nur einige Male oder diebischer Weise statt, ohne daß der Eigenthümer hievon Wissenschaft hatte, dann würde sich der Bauer wohl vergeblich auf den letzten factischen Besitz berufen. Ist aber die Ausübung so oft und öffentlich wiederholt worden, daß ein Nichtwissen des Eigenthümers füglich nicht angenommen werden könnte, so ist der thatsächlich ausgeübte Besitz im Sinne des §. 313 des a. b. G. B. bereits erworben und zu schützen. Vermöchte Jemand zu beweisen, daß er ein ganzes Jahr nächtlicher Weile aus fremdem Brunnen Wasser schöpfte, so könnte er doch meines Dafürhaltens nach den Grundsätzen der Besitzlehre nicht als factischer Besitzer der Servitut des Wasserschöpfens angesehen werden, weil hier von einer Fügung des Eigenthümers keine Rede wäre.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ist aus der Festsetzung des §. 313 des a. b. G. B. zu ersehen.

Zufolge der bezogenen kais. Vdg. ist in Provisorialstreitigkeiten der letzte factische Besitzstand zu ermitteln. Es ist also jedenfalls nur der Besitzer, gleichviel ob rechtmäßiger oder unrechtmäßiger, echter oder unechter, zu schützen. Den Besitz eines affirmativen, negativen, oder prohibitiven Rechtes erlangt man aber nach §. 313 des a. b. G. B. nur dann, wenn der Gegner die Ausübung des Besitzes zugelassen hat.

Die Ausdrücke des §. 313 „leistet," „Gestattung," „unterläßt," zeigen unzweideutig an, daß man in den Besitz nur dann kömmt, wenn der Eigenthümer in die Ausübung einwilliget; von einer Einwilligung kann aber dort keine Rede sein, wo der Eigenthümer von der Ausübung des Rechtes keine Wissenschaft hat, wo sonach die Ausübung nur clandestine, nächtlicher Weile, diebischer Weise oder sehr selten statt fand, und sofort das Wissen und die Gestattung nicht einmal präsumirt werden könnte.

§. 127.

Nun übergehen wir auf die Lösung der obigen Frage: „ob der Tabularbesitzer, wenn er nicht zugleich physischer Besitzer ist, insbesondere das Recht habe, Gewalt mit Gewalt zu vertreiben, und einen Provisorialschutz anzusprechen.

Wie wir dargethan haben, steht das Recht der Selbsthilfe und

der Provisorialklage nur dem factischen Besitzer zu, wobei auf das Recht zum Besitze keine Rücksicht genommen wird. Mag also immerhin das Besitzrecht des Tabularbesitzers ein stärkeres sein als das Besitzrecht des factischen, mag er selbst Eigenthümer sein, so kann er doch nicht jene Begünstigungen ansprechen, welche lediglich dem factischen Besitzer zugestanden werden.

Gesetzt, N. N. habe das Gut Sarkan gekauft, wurde bereits als Eigenthümer einverleibt, habe aber dasselbe noch nicht in physischen Besitz übernommen, wiewohl festgesetzt wurde, daß er es am 1. Mai zu übernehmen habe. Wenn nun der frühere Eigenthümer die Uebergabe unter was immer für einem Vorwande fortan verweigert, so kann sich der Käufer zufolge des §. 320 des a. b. G. B. nicht eigenmächtig in den Besitz setzen; er muß ihn von dem ordentlichen Richter mit Anführung seines Titels im Wege Rechtens fordern. Durch die Intabulation hat der Käufer zwar bereits das Eigenthum erworben, aber auch als Eigenthümer ist er zufolge des §. 366 des a. b. G. B. nur befugt, die ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern.

Würde der Käufer sich doch eigenmächtig in den Besitz setzen, so hätte der physische Besitzer zufolge der §§. 333 und 344 das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, daß die richterliche Hilfe zu spät kommen würde, wenn z. B. der Eindringende einen Garten in einen Acker umwandeln wollte, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben. Unterläßt der Verkäufer die eigenmächtige Hilfe, so kann er auch im Provisorialwege gegen den Käufer auftreten und müßte als letzter factischer Besitzer geschützt werden.

Dagegen könnte der Käufer gegen den die Uebergabe verweigernden Verkäufer auch die Provisorialklage nicht mit Erfolg anbringen, weil zufolge der obbezogenen kais. Vdg. im Provisorialstreite stets der letzte factische Besitzstand aufrecht zu erhalten ist.

Auch in dem Falle, wenn die Störung des Besitzes nicht vom Verkäufer, sondern von einem Dritten unternommen worden wäre, z. B. wenn ein benachbarter Grundherr die Ausübung eines auf dem fremden Gute zustehenden Servitutsrechtes nicht mehr dulden wollte, kann der Käufer des noch nicht in physischen Besitz übernommenen Gutes keine Provisorialklage erheben, weil diese nur dem factischen Besitzer zusteht und der Käufer zwar Tabularbesitzer, sonach rechtmäßiger (§. 321), keineswegs aber factischer Besitzer ist. Wohl aber steht ihm das Klagerecht, um das Recht der Servitut zu behaupten, zu,

denn zu diesem Behufe hat er nach §. 523 nicht nothwendig, den physischen Besitz, sondern die Erwerbung der Servitut, oder wenigstens den Besitz derselben als eines dinglichen Rechtes, nachzuweisen, welche Erwerbung eben durch die Intabulation der Dienstbarkeit auf dem dienstbaren Gute und durch die Einverleibung des Käufers als Eigenthümer des herrschenden Gutes nachgewiesen wird.

So wie der intabulirte Käufer als Eigenthümer berechtiget ist, die Eigenthums- und Servitutsklage anzustrengen, so ist er wohl auch kraft des Eigenthumsrechtes zu anderweitigen Klagen zum Schutze seines Eigenthums, insbesondere zu den in den §§. 340—342 angeführten Schutzmitteln gegen Bauführungen berechtiget.

Es steht ihm unzweifelhaft, wenn es zu spät wäre die richterliche Hilfe anzusuchen, das Recht zu, von der gerechten Nothwehr Gebrauch zu machen.

Denn in Gemäßheit des §. 2 des St. G. B. ist dieses Wehrmittel auch dann gestattet, wenn durch dasselbe von Anderen ein rechtswidriger Angriff abgeschlagen werden soll; um so weniger ist daran zu zweifeln, daß der intabulirte Eigenthümer zum Schutze seines Rechtes davon Gebrauch machen darf. Will sonach Jemand den gekauften Garten in einen Acker umwandeln, so kann der intabulirte Käufer, wenngleich er den Garten noch nicht in physischen Besitz übernommen hat, vom Rechte der Nothwehr allerdings Gebrauch machen.

§. 128.

Stehen die oben angeführten Besitzrechte dem physischen Besitzer auch gegenüber dem Tabularbesitzer zu?

In der bisherigen Erörterung ist die vorwürfige Frage schon öfters berührt und dargethan worden, daß dem Besitzer ohne Unterschied, von welcher Art der Besitz ist, und gegen wen er geltend gemacht wird, kraft des Besitzes Besitzrechte zustehen, daß er aber auf einige Rechte keinen Anspruch machen könne, wenn er nicht zugleich im factischen Besitze sich befindet. Wir haben insbesondere erörtert, daß einen Provisorialschutz nur der factische Besitzer ansuchen dürfe; diesen Schutz kann aber der gestörte factische Besitzer, schon nach den Bestimmungen der bezogenen kais. Vdg., gegen Jedermann fordern, ja selbst gegen den Eigenthümer, um somehr gegen den bloßen Tabularbesitzer; weil es bei Provisorialverhandlungen nicht auf das Recht, sondern bloß auf den factischen Zustand des Besitzes ankommt. Der Besitzer kann aber auch gegen Jedermann die ordentliche Besitzklage

anstrengen, weil es bei dieser nur auf das stärkere Recht ankommt, und es sich erst aus der Verhandlung ergeben wird, für welchen Theil das stärkere Recht spricht. Da der Tabularbesitzer dem physischen gegenüber mitunter ein schwächeres Recht haben kann, so wäre es wohl nicht zu rechtfertigen, wenn man dem physischen Besitzer gegen den bücherlichen schon im Vorhinein die Besitzklage absprechen wollte. Wahr ist es, daß der Tabularbesitzer im Grunde des §. 322 des a. b. G. B. ausschließlich als rechtmäßiger Besitzer anzusehen ist. Bei der Ermittlung der Frage, wer ein stärkeres Recht hat, ist jedoch nicht allein die Rechtmäßigkeit des Besitzes maßgebend, auch die Redlichkeit, die Beschaffenheit des Vormannes, die Entgeltlichkeit, ist hiebei zu beachten. Daß dem physischen Besitzer gegenüber auch das Recht der eigenmächtigen Hilfe der Nothwehr zusteht, erhellet aus der Betrachtung, daß auch durch einen gewaltsamen Act des Tabularbesitzers dem physischen Besitzer oft ein unwiderbringlicher und widerrechtlicher Schade zugefügt werden könnte, und Jedermann berechtigt ist, durch die Ausübung der gerechten Nothwehr, selbst einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechte Anderer abzuschlagen, wenn die richterliche Hilfe zu spät kommen würde.

§. 129.

Wir übergehen nun zur Lösung einer der belangreichsten Streitfragen:

I. Kann dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, der bloß physische Besitzer einer unbeweglichen Sache, oder von Rechten, die sich auf dieselbe beziehen, diese Sache oder diese Rechte ersitzen? und

II. Kann der physische Besitzer auch gegen den Tabularbesitzer die Ersitzung geltend machen?

ad I. Diejenigen, welche die erste Frage verneinend beantworten, berufen sich auf die Anordnung der §§. 1460 und 321 des a. b. G. B. Zufolge des ersteren wird zur Ersitzung ein rechtmäßiger Besitz erfordert, und zufolge des letzteren wird dort, wo öffentliche Bücher bestehen, der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt.

Da sonach der Nichtintabulirte keinen rechtmäßigen Besitz hat, und zur Ersitzung der rechtmäßige Besitz erforderlich ist, so wird daraus der Schluß gezogen, daß der nichtintabulirte physische Besitzer

einer Sache, die einen Gegenstand öffentlicher Bücher bildet, dort, wo solche bestehen, dieselben nicht ersitzen könne.

Dagegen glaube ich für die Ansicht, daß auch der bloß physische Besitzer eines unbeweglichen Gutes dasselbe ersitzen könne, wenngleich er nicht intabulirt ist, nachstehende Gründe anführen zu sollen.

Wahr ist es, daß im Allgemeinen als erstes Erforderniß zur Ersitzung im §. 1460 des a. b. G. B. die Rechtmäßigkeit des Besitzes bezeichnet wird, daß zufolge des §. 321 dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, nur der Tabularbesitzer als rechtmäßiger Besitzer eines unbeweglichen Gutes anzusehen ist. Allein aus der Anordnung des §. 1461 erhellet, was die Gesetzgebung unter dem zur Bewirkung der Ersitzung erforderlichen rechtmäßigen Besitz verstanden haben will: „Jeder Besitz, der sich auf einen solchen Titel gründet, welcher zur Uebernahme des Eigenthumes, wenn solches dem Uebergeber gebührt hätte, hinlänglich gewesen wäre, ist rechtmäßig und zur Ersitzung hinreichend. Dergleichen sind z. B. das Vermächtniß, die Schenkung, das Darlehen, der Kauf, der Tausch, die Zahlung u. s. w.

Während zufolge des §. 321 der Intabulirte rechtmäßiger Besitzer ist, wenngleich sein Besitz auf keinen rechtmäßigen Titel sich gründet, ist nach §. 1461 als rechtmäßiger Besitzer nur Derjenige anzusehen, der einen rechtmäßigen Titel hat. Aus dem bezogenen §. 1461 erhellet, daß, um eine unbewegliche Sache ersitzen zu können, auch dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, keineswegs die Intabulation des ersitzenden Besitzers erforderlich sei, und daß es genüge, wenn ihm die Sache geschenkt, verkauft ꝛc. wurde, und die übrigen Bedingungen der Ersitzung eintreffen. Doch auch abgesehen davon, daß die Rechtmäßigkeit des Besitzes bei der Ersitzung in einem anderen Sinne genommen wird *) als im §. 321 und 322, ist es aus dem §. 1468 des a. b. G. B. klar zu ersehen, daß auch dort, wo öffentliche Bücher bestehen, die Sache aber auf den Namen Desjenigen, der die Besitzrechte darüber ausübet, nicht eingetragen ist, die Ersitzung allerdings

*) Pratobevera (Mat. Bd. VIII, S. 320) bemerkt: „Professor Winiwarter nennt den ingrossirten Besitz den formellen, als eine Species des Civilbesitzes, im Gegensatze des Naturalbesitzes (Mat. VII. Bd. S. 117 und 131), und bemerkt treffend, daß der Ausdruck: „rechtmäßiger Besitz" im §. 321, und eben so im §. 441 nur soviel, als gesetzmäßiger, formeller (Civil)- Besitz bedeute. Wenn man diese Begriffe nicht festhält, so verkennt und mißdeutet man das Wesen der Tabularinstitute."

bewirkt werden könne, jedoch erst nach dreißig Jahren. Eben so setzt der §. 1470 fest, daß Dienstbarkeiten und andere auf fremdem Boden ausgeübte besondere Rechte, wo noch keine ordentlichen öffentlichen Bücher bestehen, oder ein solches Recht denselben nicht einverleibt ist, vom redlichen Inhaber nach dreißig Jahren ersessen werden.

Diese Ersitzung findet nicht nur dort statt, wo keine öffentlichen Bücher eingeführt sind, sondern auch dort, wo dergleichen Bücher bestehen, der die Besitzrechte Ausübende aber nicht eingetragen ist; denn sowohl im §. 1468 als auch im §. 1470 wird im ersten Satze des Falles gedacht, wo noch keine öffentlichen Bücher bestehen, sonach bezieht sich der zweite Satz: „oder der die Besitzrechte Ausübende (der redliche Inhaber) nicht eingetragen (einverleibt) ist", auf den entgegengesetzten Fall: „wenn öffentliche Bücher eingeführt sind."

Aus diesen Gesetzstellen ist sonach unzweifelhaft zu ersehen, daß der physische Besitzer nicht nur dort, wo keine öffentlichen Bücher bestehen, sondern auch dort, wo solche eingeführt sind, ungeachtet in diesem Falle nach §. 321 nur der Einverleibte rechtmäßiger Besitzer ist, gleichwohl dingliche Rechte auf unbewegliche Sachen ersitzen könne. In dieser Anordnung der bezogenen Paragraphen liegt aber auch kein Widerspruch mit der Festsetzung des §. 321; weil, wenngleich zufolge der Bestimmung dieses Paragraphs nur der Intabulirte als rechtmäßiger Besitzer erscheint, die Gesetzgebung keineswegs in einen Conflict mit der Bestimmung des §. 321 geräth, wenn sie in besonderen Fällen ausnahmsweise auch dem nicht rechtmäßigen Besitzer das Recht zur Ersitzung einräumt, und festsetzt, daß im Allgemeinen zur Ersitzung ein rechtmäßiger Besitz erforderlich ist, daß aber bei der Ersitzung von dreißig oder vierzig Jahren auch ohne Rechtmäßigkeit des Besitzes die Ersitzung bewirkt werden könne. So wie nun die Gesetzgebung im §. 1477 ohne mit der Bestimmung des §. 1460 in Widerspruch zu gerathen, ausnahmsweise festsetzen konnte: „Wer die Ersitzung auf einen Zeitraum von dreißig oder vierzig Jahren stützt, bedarf keiner Angabe des rechtmäßigen Titels"; eben so geräth sie in keinen Widerspruch mit der Verfügung des §. 321, wenn sie im §. 1468 und 1470 auch den nicht intabulirten Ausüber der Besitzrechte und dreißigjährigen redlichen Inhaber, dort, wo öffentliche Bücher bestehen, er also als rechtmäßiger Besitzer nicht angesehen werden kann, Rechte auf unbewegliche Sachen ersitzen läßt.

§. 130.

ad II. Die Frage, ob auch gegen den Tabularbesitzer die Ersitzung bewirkt werden könne, ist von den österreichischen Rechtsgelehrten vielfältig besprochen worden *).

Dr. Theodor Pachmann hat mit hervorragendem Scharfsinne die Ansicht zu verfechten gesucht, daß ein bloß physischer Besitzer das auf einen anderen Namen eingetragene Recht durch die Ersitzung nicht erwerben könne. Diese Ansicht wurde jedoch weder von der Praxis, noch von den Commentatoren des österr. a. b. G. B. adoptirt **).

Dr. Pachmann bemerkt insbesondere (a. a. O. S. 58): „Ist die Ansicht, daß man auch gegen den Tabularbesitzer ersitzen könne, richtig, dann gibt es in Oesterreich:

a) eine Ersitzung ohne Besitz;

b) ohne Redlichkeit des Ersitzenden;

c) gegen den Besitzer.

Dagegen wird für die entgegengesetzte Meinung die Bestimmung des §. 1468 berufen, welche lautet: „Wo noch keine ordentlichen öffentlichen Bücher eingeführt sind, und die Erwerbung unbeweglicher Sachen aus den Gerichtsacten und anderen Urkunden zu erweisen ist, oder wenn die Sache auf den Namen Desjenigen, der die Besitzrechte darüber ausübt, nicht eingetragen ist, wird die Ersitzung erst nach 30 Jahren vollendet."

---

*) Dr. Ritter von Minasiewicz (Systematische Darstellung des Tabularbesitzes. Lemberg 1832, S. 129) ist der Ansicht, daß auch gegen den Tabularbesitzer die Ersitzung zulässig sei, denn auch der §. 1468 des a. b. G. B. spricht von der auf einem bloß physischen Besitze gegründeten Ersitzung einer in die öffentlichen Bücher gehörenden Sache, ohne Unterschied, ob diese Sache auch einen Tabularbesitzer habe, oder nicht; ja der Fall, daß sie einen Tabularbesitzer habe, scheint, als der viel häufigere, dem Gesetzgeber hauptsächlich vorgeschwebt zu haben.

Der entgegengesetzten Ansicht ist Dr. Theodor Pachmann: „Die Verjährung. Wien, 1833."

Siehe dagegen Dr. Josef Unger: „Entwurf des b. G. B. für das Königreich Sachsen, 1853;" und die scharfsinnige Entgegnung des Dr. Theodor Pachmann (Magazin von Dr. Haimerl, VIII. Bd., 1. Hft., 1853, S. 52–69.)

**) Dr. Pachmann bemerkt a. a. O. S. 68: „Aber die Praxis schließt sich an diese? Das kann ich nicht beurtheilen — —; aber nicht sie, sondern das Gesetz ist mein Normativ. Thibaut sagt irgendwo: die Praxis habe doch einen gewissen Tact; das mag im Allgemeinen wahr sein; wo aber ihre Annahmen dem Gesetze Unsinn zumuthen, da wird man mir erlauben, die Wahrheit wo anders zu suchen. Auch die bisher erschienenen Commentare nehmen die mir entgegengesetzte Ansicht auf — — dies sind aber Privatmeinungen."

Aus den Worten dieses Paragraphen ist sonach zu ersehen, daß der erste Absatz von dem Falle, wo keine öffentlichen Bücher eingeführt sind, der zweite jedoch von jenem Falle spricht, wo zwar öffentliche Bücher bestehen, aber Derjenige, der die Besitzrechte darüber ausübt, nicht eingetragen ist. Da in diesem letzteren Falle die Ersitzung seitens des Nichteingetragenen zugelassen wird, ohne Unterschied, ob Derjenige, gegen den ersessen werden soll, einverleibt ist, oder nicht, so ist es klar, daß aus den Worten dieses Paragraphen kein Argument für die Ansicht Dr. P's. entnommen werden kann; daß vielmehr nach der Regel: ubi lex non distinguit nostrum non est distinguere aus den Worten dieses Paragraphen ein Beleg für die Ansicht gewonnen werde, daß eine Sache auch gegen den Tabularbesitzer ersessen werden könne, daß aber hiezu 30 Jahre erforderlich sind.

Dr. P. erkennt zwar diese grammaticalische Auslegung als richtig an, bemerkt jedoch, daß Gesetze nicht nur grammaticalisch, sondern auch logisch nach „der klaren Absicht des Gesetzgebers" auszulegen sind, und daß zufolge dieser Auslegung der zweite Satz des §. 1468 nicht auch den Fall begreifen kann, wenn der Gegner einverleibt ist, sondern im beschränkteren Sinne zu nehmen sei, wenn der Ersitzende zwar nicht einverleibt, aber auch Derjenige, gegen den ersessen werden soll, nicht eingetragen erscheint.

Für diese Beschränkung scheint auch der Umstand zu sprechen, daß von dem zweiten Falle im §. 1468 keine Erwähnung gemacht, und nicht gesagt wird, „dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, könne Derjenige, der die Besitzrechte ausübt, aber nicht eingetragen erscheint, die Ersitzung nach 30 Jahren vollenden, gleichviel, ob sein Gegner in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, oder nicht." Es ist nicht zu verkennen, daß nur in diesem Falle, wenn die Worte des §. 1468 geradezu der Ansicht des Dr. P. widersprechen würden, gleichwohl eine Beschränkung auf Grund der logischen Auslegung kaum zulässig wäre.

Wir müssen bei der vorliegenden Fassung des fraglichen Paragraphen allerdings zugeben, daß, wenn dargethan wird, daß es in der Absicht des Gesetzgebers lag, die Ersitzung gegen den Tabularbesitzer auszuschließen, aus den Worten des §. 1468 kein kräftigeres Argument, als die nicht immer richtige Auslegungsregel: ubi lex non distinguit, entgegnet werden könnte.

Nun wollen wir in Erwägung ziehen, ob es denn thatsächlich

nicht der Wille des Gesetzgebers sein konnte, eine Ersitzung gegen den Tabularbesitzer zuzulassen.

Wenn aus dieser Annahme Widersprüche mit anderen gesetzlichen Bestimmungen hervorgehen würden, dann wäre es allerdings klar, daß die Gesetzgebung derlei widersprechende Verfügungen nicht treffen wollte, daß man sonach nicht berechtiget wäre, den Ausspruch des §. 1468: „der Nichteingetragene könne ersitzen," im ausgedehnteren Sinne auszulegen, als es die Worte erheischen.

Nun meint Dr. P., daß diese ausgedehntere Auslegung allerdings gegen anderweitige gesetzliche Bestimmungen verstoßen würde, und zwar:

a) Läßt man eine Ersitzung gegen den Tabularbesitzer zu, so wäre dies eine Ersitzung ohne Besitz, welche nach den Grundsätzen des a. b. G. B. unzulässig ist. Nach §. 322 hat dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, der physische dem bücherlichen Besitzer gegenüber kein Besitzrecht, weil diesem letzteren das ausschließliche Besitzrecht eingeräumt wird.

Wir haben aber bereits bei einer anderen Gelegenheit bemerkt, daß nach unserem Darfürhalten der §. 322 auf den Besitz nur jene Grundsätze anwendet, welche die §§. 430 und 440 bezüglich des Eigenthumes beweglicher und unbeweglicher Sachen aussprechen. Alle diese Paragraphen haben den Fall vor Augen, daß eine und dieselbe bewegliche oder unbewegliche Sache nacheinander an verschiedene Personen überlassen wird, und alle diese Paragraphen räumen den Vorzug Demjenigen ein, dem sie zuerst übertragen wurde. Daß der §. 322 nichts anderes bezüglich des Besitzes ausspricht, als die bezogenen §§. 430 und 440 bezüglich des Eigenthumsrechtes, erhellet aus dem klaren Wortlaute dieses Paragraphen: „Ist eine bewegliche Sache nach und nach an mehrere Personen übergeben worden, so gebührt das Besitzrecht derjenigen, welche sie in ihrer Macht hat." Der zweite Satz setzt bezüglich der unbeweglichen Sachen offenbar denselben Fall voraus, den der erste Absatz bezüglich der beweglichen Sache bespricht, daß nämlich dieselbe unbewegliche Sache mehreren übergeben (überlassen) wurde, und verfügt: „Ist aber die (an mehrere Personen übertragene) Sache unbeweglich, und sind öffentliche Bücher eingeführt, so steht das Besitzrecht ausschließlich Demjenigen zu, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist."

Meines Dafürhaltens ist es sonach unzweifelhaft, daß das so vielfältig besprochene *ausschließliche* Besitzrecht dem Tabularbesitzer

nicht immer und überall und im Allgemeinen, sondern lediglich in dem im §. 322 besprochenen Falle: wenn dieselbe Sache an Mehrere nach einander übertragen wird," eingeräumt werden wollte *).

Der Fall der Ersitzung ist aber ein ganz anderer. Die ersessene Sache wurde nicht an Mehrere nach einander übertragen. Bei der Ersitzung ist es ein einzelner Erwerber, der gegen den Intabulirten auftritt.

Das wird man doch zugeben, daß gegen den intabulirten Eigenthümer im Grunde eines Kaufvertrages die Einverleibung gefordert werden könne. Warum soll das nicht der Fall sein können, wenn man sich nicht auf einen Kauf, sondern auf einen gesetzlichen Titel (§. 424), auf die Ersitzung beruft?

Die Anordnung des §. 322 (und 440) fände nur dann Anwendung, wenn eine und dieselbe Sache von Einem ersessen und von einem Anderen gekauft worden wäre. Hier steht keineswegs die Einverleibung des früheren Eigenthümers der Erwerbung durch den Kauf oder Ersitzung entgegen, und es ist nur die frühere oder spätere Einverleibung der Erwerber unter gewissen Modificationen, wie wir gehörigen Orts ausführlich erörterten, maßgebend.

Beschränkt man die Regel des §. 322 auf den vereinzelten Fall, auf den dieselbe bei einer richtigen Auffassung zu beziehen ist, so wird man leicht finden, daß sie der ausgedehnteren Auslegung des §. 1468 keineswegs entgegenstehe; daß sonach die Gesetzgebung mit der Anordnung des §. 322 keineswegs in Widerspruch geräth, wenn sie eine Ersitzung gegen den Intabulirten zuläßt.

Eher könnte man einen Widerspruch der Anordnung des §. 1468: „daß dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, der gleichwohl Nichtintabulirte überhaupt ersitzen könne," mit der Festsetzung des §. 321 wahrnehmen; und gleichwohl kann durchaus nicht bestritten werden, daß, wenn man auch die Anordnung des zweiten Absatzes des §. 1468 nicht im ausgedehnteren Sinne nehmen will, diese doch jedenfalls im beschränkteren Sinne zu verstehen sei, daß nämlich die Gesetzgebung auch dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, eine

*) Ich kann demnach der Ansicht des Dr. v. Stubenrauch (a. b. G. B., 1. Th., S. 648) nicht beipflichten, daß durch die im §. 321 und 322 gebrauchten Ausdrücke: „rechtmäßiger Besitz" und „ausschließliche Besitzrecht" nur so viel angedeutet werden wollte, daß die volle Wirksamkeit des Besitzes nur dem Tabularbesitzer zukomme, und daß derselbe noch vor dem Naturalbesitze begünstigt erscheine, nachdem der Tabularbesitzer binnen 3 Jahren, der Naturalbesitzer erst binnen 30 Jahren ersitzt.

Ersitzung Desjenigen, welcher die Besitzrechte ausübt, wiewohl er nicht eingetragen ist, zuläßt.

Man könnte fragen, wie die Gesetzgebung so etwas verfügen konnte, da sie doch im §. 1460 die Rechtmäßigkeit des Besitzes als Hauptersforderniß vorschreibt, und im §. 321 dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, nur Denjenigen als rechtmäßigen Besitzer anerkennt, der in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheint?

Wir haben aber bereits nachgewiesen, daß unter rechtmäßigem Besitz, wie aus dem §. 1461 zu ersehen ist, im Hauptstücke von der Verjährung ein ganz anderer, als der im §. 321 erwähnte, gemeint wird, sonach von einem Widerspruche der Festsetzung des §. 1468 und 321 keine Rede sein kann.

Ueberdies kann aber hiebei nicht unbeachtet gelassen werden, daß, wenn auch nur der intabulirte Besitzer als rechtmäßiger anzusehen ist, so ist doch nach §. 1477 zur 30=jährigen Ersitzung der rechtmäßige Besitz nicht erforderlich. Die Gesetzgebung konnte demnach, ohne mit der Bestimmung des §. 321 in Conflict zu gerathen, festsetzen, daß der physische Besitzer nach 30 Jahren die Ersitzung vollende.

Die von Dr. P. bezogenen Hofdecrete v. 13. Nov. 1812 und 24. Dec. 1806 erklären, daß der Besitz eines unbeweglichen Gutes in jenen Orten, wo Grundbücher oder sonstige öffentliche Bücher bestehen, nicht anders, als durch die Verbücherung erworben werden könne.

Diese Verordnungen würden für die Ansicht des Dr. P. zu viel beweisen, denn, wenn man ohne Intabulation gar nicht als Besitzer anzusehen ist, so folgt daraus, daß der Nichtintabulirte nicht nur gegen den Intabulirten, sondern überhaupt gar nicht ersitzen könne, weil zu jeder Ersitzung nach §. 1460 doch ganz gewiß der Besitz erforderlich ist; daß aber der Nichteinverleibte ersitzen könne, geht doch, wie auch von Dr. P. zugegeben wird, unzweifelhaft aus der Anordnung des §. 1468 hervor, und auch Dr. P. will die Ersitzung des Nichtintabulirten nur gegen den Intabulirten nicht zulassen. Dr. P. gibt überdies zu, daß auch andere dingliche Rechte auf unbewegliche Sachen dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, durch die bloße 30=jährige Ausübung ersessen werden können, da doch auch hier von einem rechtmäßigen Besitz im Sinne des §. 321 keine Rede sein kann.

Das aus den bezogenen Verordnungen entnommene Argument entfällt überdies durch die Betrachtung, daß der §. 1468 den Ausdruck Besitzer gar nicht gebraucht, sondern das Recht der Ersitzung auch Demjenigen einräumt, der die Besitzrechte ausübt, gleichviel, ob

er nach dem Gesetze als Besitzer wirklich anzusehen ist, oder nicht; und im §. 1470 statt des Ausdruckes Besitzer, sogar den Ausdruck redliche Inhaber gebraucht.

Wenn nun der Ausspruch des §. 1468 und 1470 mit der allgemeinen Regel des §. 1460 in Conflict geräth, zumal dort nur der Besitzer, hier aber auch der Inhaber ersitzen kann, so ist doch dieser Conflict kein anderer, als der einer Ausnahme mit der Regel.

Auch die Anordnung des §. 350 kann zur Rechtfertigung der Ansicht des Dr. P. kein Argument bieten. Denn, wiewohl es unzweifelhaft ist, daß der Tabularbesitz so lange fortdauert, bis die Löschung erfolgt, so kann doch daraus nicht gefolgert werden, daß man vom Tabularbesitzer durch irgend einen Titel die Sache nicht erwerben und nach der Erwerbung, sei es durch Kauf, Tausch, Ersitzung, die Einverleibung nicht ansuchen könne.

Ein weiteres Argument glaubt Dr. P. in der Festsetzung des §. 1498 des a. b. G. B. gefunden zu haben. Dieser Paragraph spricht nämlich nur von der Einverleibung zuerkannter ersessener Rechte, nicht aber von der Einverleibung des Eigenthumes einer Sache, die einen Gegenstand öffentlicher Bücher ausmacht.

Was berechtiget aber zu der Annahme, daß im zweiten Absatze des §. 1498 unter dem Ausdrucke „Recht" nicht auch das Eigenthum zu verstehen sei. Dieses Argument würde übrigens für die Ansicht des Dr. P. wieder zu viel beweisen; denn, soll aus diesem Paragraph entnommen werden, daß man das Eigenthum unbeweglicher Sachen, die einen Gegenstand öffentlicher Bücher ausmachen, nicht ersitzen könne, so würde diese Ausschließung sich nicht nur auf die Ersitzung gegen einen Tabularbesitzer, sondern überhaupt auf die Ersitzung einer unbeweglichen Sache, wenngleich dieselbe in den öffentlichen Büchern noch nicht eingetragen wäre, beziehen, in welch' letzterem Falle die Ersitzung durch den fortgesetzten 30-jährigen Besitz zufolge des §. 1468 doch unzweifelhaft bewirkt werden kann.

ad b) Dr. P. bemerkt weiter, daß, wenn man eine Ersitzung gegen den Intabulirten zulassen wollte, man eine Ersitzung ohne Redlichkeit zugeben müßte, während doch die Redlichkeit nach §. 1460 ein unerläßliches Erforderniß der Ersitzung ist, und nach §. 1477 die erwiesene Unredlichkeit auch in dem längsten Zeitraume die Ersitzung ausschließt.

Wir wollen keineswegs behaupten, es könne der physische Besitzer, wenn er auch in mala fide ist, gleichwohl gegen den Tabularbesitzer ersitzen; nur dies können wir nicht zugeben, daß der physische Besitzer

dem Intabulirten gegenüber stets in mala fide sich befinde; denn wenn er auch aus den öffentlichen Büchern ersehen konnte, daß die Sache einem Anderen gehört, so müßte doch, wie wir bereits am gehörigen Orte dargethan haben, erwiesen sein, daß der Ersitzende die öffentlichen Bücher eingesehen habe. Die Umstände, aus welchen die Kenntniß, die Sache sei eine fremde, entnommen wird, müssen nicht nur vorhanden, sondern dem Erwerber auch bekannt sein *). Auch kann wohl die Intabulation eines Dritten dem Ersitzenden bekannt sein, und er gleichwohl im guten Glauben sich befinden.

Gesetzt, der verstorbene X ist als Gutsbesitzer intabulirt; Y, der sich als Erbe in den physischen Besitz setzt, verkauft das Gut dem Z, der in der Folge, nachdem die Erbschaft dem Y eingeantwortet wurde, die Intabulation erwirkt. Wenn es sich nun nach 3 Jahren ergibt, daß nicht Y, sondern N N eigentlich Erbe ist, so wird man doch nicht zweifeln, daß Z in bona fide war, und sofort das Gut, wiewohl er es vom nicht intabulirten Y überkommen hat, ersessen habe; warum sollte man ihm diese bona fides absprechen, wenn er wegen Schwierigkeiten, die sich bezüglich der Einantwortung ergaben, durch eine Reihe von Jahren mit seinen Intabulationsgesuchen abgewiesen wurde, und endlich nach 30 Jahren die Intabulation im Grunde der Ersitzung ansucht?

Gesetzt, B weiset sich am 3. Mai 1864 mit einer Cessionsurkunde dto. 1. April 1864 aus, daß er das Gut des am 1. Mai 1864 verstorbenen Gutsbesitzers A überkommen habe, und verkauft dieses Gut dem C. Nach vielen Jahren ergibt es sich, daß B die Urkunde verfälscht, C aber von dieser Fälschung keine Wissenschaft hatte. Hier kann wohl auch von einer mala fides keine Rede sein, und C wird das Gut, je nachdem er intabulirt wurde, oder nicht, in 3 oder 30 Jahren ersitzen.

Der von Dr. P. angeführte Grundsatz: „Wer diese Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit," spricht keineswegs dafür, daß der physische Besitzer gegen den Intabulirten stets in mala fide sei. Diesem Grundsatze zufolge hat, wie die bezogenen §§. 443 und 928 des a. b. G. B. klar aussprechen,

*) Nach den Bestimmungen des römischen Rechtes kann ein Rechtsirrthum keine bona fides begründen, wohl aber eine ignorantia facti. Unser Gesetz setzt dagegen im §. 326 fest, daß man sowohl aus Irrthum in Thatsachen, als auch aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften ein unrechtmäßiger und doch ein redlicher Besitzer sein könne.

der Erwerber alle intabulirten Lasten zu übernehmen, und hat, außer dem Falle einer ausdrücklichen Zusage, die Sache sei von allen Lasten frei, nicht das Recht, vom Ueberlasser eine Gewährleistung zu fordern.

ad c) Nun übergehen wir auf das gewichtigste Argument, welches Dr. P. zur Unterstützung seiner Ansicht anführt. Er meint: „Ist eine Ersitzung gegen den Tabularbesitzer zulässig, so müßte man annehmen, daß eine Ersitzung gegen den Besitzer, und zwar des Nichtbesitzers gegen den rechtmäßigen Besitzer, stattfinden könne. Daß jedoch der physische Besitzer allerdings Besitzer ist, wenngleich ein Anderer in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheint, glauben wir bereits sattsam nachgewiesen zu haben, und halten es kaum für nöthig, uns diesfalls auf das Hfd. v. 11. Oct. 1821, Nr. 1809 zu berufen, welches ausdrücklich eines Naturalbesitzes auch dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, erwähnt.

Ebenso haben wir nachgewiesen, daß auch der §. 321 und 322 nicht entgegenstehe, Denjenigen, welcher die Besitzrechte ausübt, wenngleich ein Anderer intabulirt ist, wiewohl nicht als rechtmäßigen Besitzer im Sinne des §. 321, aber doch als rechtmäßigen Besitzer im Sinne des §. 1461 anzusehen, wenn er seinen Besitz auf einen rechtmäßigen Titel stützt. Auch wurde constatirt, daß der physische Besitzer, wenngleich er selbst im Sinne des §. 1461 nicht als rechtmäßiger anzusehen wäre, doch binnen 30 oder 40 Jahren nach §. 1477 ersitzen könne.

Da nun im fraglichen Falle es sich ohnehin nur um die Ersitzung des Naturalbesitzers einer in die öffentlichen Bücher gehörigen Sache, handelt, welche erst nach 30 oder 40 Jahren bewirkt werden kann, so ist es ganz gleichgiltig, ob der Naturalbesitzer dem Intabulirten gegenüber als rechtmäßiger Besitzer, sei es im Sinne des §. 321, oder im Sinne des §. 1461, angesehen werden könne, oder nicht.

Ist es nun erwiesen, daß der physische Besitzer auch dem Intabulirten gegenüber als Besitzer anzusehen ist, zumal das Gesetz in den §§. 309 und 312 Denjenigen als Besitzer bezeichnet, der die Sache mit dem Willen, sie als die seinige zu behalten, inne hat, oder von einem Rechte im eigenen Namen Gebrauch macht, ist es ferner unzweifelhaft, daß nach der Regel des §. 1460 der Besitzer die Sache ersitzen könne, wenn die übrigen Erfordernisse der Ersitzung eintreffen; ist es endlich gewiß, daß bei der Ersitzung mitunter zwar auf die Eigenschaft derjenigen Person zu reflectiren ist, gegen welche ersessen werden soll, und zwar sowohl bezüglich der Dauer der Ersitzungszeit,

als auch bezüglich der Hemmungen, daß aber nirgends gesagt wird, es sei gegen einen Tabularbesitzer des zu ersitzenden Rechtes die Ersitzung unzulässig," so folgt von selbst, daß eine Ersitzung so wie gegen den wahren Eigenthümer überhaupt, auch gegen Denjenigen zulässig sei, der lediglich in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer eingetragen erscheint.

Daß die Intabulation keineswegs vor dem Verluste des Rechtes schütze, ergibt sich ungeachtet der Bestimmung der §§. 350, 444, 445 *) aus der Anordnung des §. 1479 des a. b. G. B., aus welcher zu ersehen ist, daß Rechte gegen einen Dritten, wenn sie auch den öffentlichen Büchern einverleibt sind, durch den 30-jährigen Nichtgebrauch erlöschen.

Verliert man nun ungeachtet der Intabulation ein Recht, wenn es durch 30 Jahre nicht ausgeübt wird, so ist die Folgerung doch logisch richtig, daß man das nicht ausgeübte intabulirte Recht um so mehr dann verliere, wenn sich zu der Nichtausübung des Intabulirten noch die Ausübung eines Dritten gesellt. Jedenfalls wird es aus der Anordnung dieses Paragraphen klar, daß der Gebrauch des Rechtes nicht in der bloßen Intabulation besteht.

Vergeblich würde man dagegen bemerken, daß der §. 1479 lediglich die Rechte, die gegen einen Dritten ausgeübt werden, betreffe, und daher auf das Eigenthumsrecht nicht bezogen werden könne; denn nach §. 1459 geht auch das Eigenthumsrecht durch den Nichtgebrauch verloren, wenn eine Person der anderen die Ausübung des Rechtes untersagt, sie daran verhindert hat, und sofort den Besitz des Untersagungsrechtes von Seite der Einen gegen die Freiheit der Anderen von dem Augenblicke anfängt, als sich diese dem Verbote oder der Verhinderung gefügt hat. Wer wird nun daran zweifeln, daß die Ausübung des Eigenthumsrechtes des Intabulirten durch den physischen Besitzer verhindert wird, daß sonach der physische Besitzer in den Besitz des Untersagungsrechtes gelangt, und daher, wenn er durch 30 Jahre diesen Besitz fortsetzt, das Recht ersitzen könne.

*) „Der Besitz derjenigen Rechte und unbeweglichen Sachen, welche einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, erlischt, wenn sie aus den landtäflichen, Stadt- oder Grundbüchern gelöscht, oder wenn sie auf den Namen eines Anderen eingetragen werden (§. 350). Das Eigenthum der unbeweglichen Sachen wird nur durch die Löschung aus den öffentlichen Büchern aufgehoben (§. 444). Nach den in diesem Hauptstücke über die Erwerbungs- und Erlöschungsart des Eigenthumsrechtes unbeweglicher Sachen gegebenen Vorschriften, hat man sich auch bei den übrigen, auf unbewegliche Sachen sich beziehenden dinglichen Rechten zu verhalten (§. 445)."

Zweiter Theil.

Rechtswirkungen der Pränotation.

§. 131.

Durch die Pränotation erlangt man nur ein bedingtes Recht.

Durch die Vormerkung erhält der Pränotirte, wie der §. 438 des a. b. G. B. ausdrücklich festsetzt, nur ein bedingtes Eigenthumsrecht, und er wird, sobald er zufolge richterlichen Ausspruches die Vormerkung gerechtfertiget hat, von der Zeit des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches, für den wahren Eigenthümer gehalten.

Was von der Vormerkung des Eigenthumsrechtes gesagt wurde, gilt in Gemäßheit der §§. 445, 453 des a. b. G. B. auch von der Vormerkung der übrigen, auf unbewegliche Sachen sich beziehenden dinglichen Rechte.

Die Erfordernisse zur Erwirkung einer Pränotation, so wie das Verfahren bezüglich der Rechtfertigung derselben, habe ich bereits in meiner Abhandlung über das Grundbuchs-Institut dargestellt.

Hier sind lediglich die Rechtswirkungen der Pränotation zu besprechen.

§. 132.

Wirkung der Rechtfertigung der Pränotation.

Es kann sowohl eine Erwerbung eines Rechtes, als auch eine Löschung desselben pränotirt werden. Wird die Vormerkung gerechtfertiget, so übergeht im ersten Falle das bedingte in ein unbedingtes Recht, die Pränotation in die Intabulation; und im zweiten Falle wird die Löschung thatsächlich bewirkt. Mit der Umwandlung der bedingten in eine unbedingte Einverleibung treten alle Wirkungen der Intabulation ein, welche bereits ausführlich erörtert wurden.

§. 133.

Wird die Vormerkung des Eigenthumes gerechtfertigt, so entfallen alle gegen den früheren Eigenthümer vom Zeitpuncte der Ueberreichung des Vormerkungsgesuches angesuchten Einverleibungen und Vormerkungen.

Eine unmittelbare Folge der Rückwirkung der gerechtfertigten Vormerkung bis zum Zeitpuncte der angesuchten Pränotation ist das Entfallen aller seither gegen den Eigenthümer angesuchten Vormerkungen und Einverleibungen; denn durch die Vormerkung wurde der Bestand des Rechtes bereits in Zweifel gezogen. Wer nichtsdestoweniger diesem problematischen Rechte vertrauend, Pränotationen oder Intabulationen erwirkte, hat auf Eis gebaut, muß sich demnach den Einsturz gefallen lassen, wenn das Recht seines Vormannes aufgelöst wird.

Wahr ist es, daß dieses Verschulden erst dann eintritt, wenn die Vormerkung des Eigenthums bereits bewirkt wurde. Wir haben aber bereits dargestellt, daß die Gesetzgebung schon an die Ueberreichung des Vormerkungsgesuches die Wirkungen der Vormerkungen knüpft, und die Gründe auseinander gesetzt, welche diese Festsetzung rechtfertigen.

§. 134.

Wird aber bloß die Vormerkung eines Pfandrechtes gerechtfertigt, so entfallen keineswegs in Folge der Rechtfertigung derselben alle dem überreichten Gesuche nachfolgenden Vormerkungen und Intabulirungen des Pfandrechtes.

Ungeachtet der Vormerkung eines Pfandrechtes können gegen den Eigenthümer des Pfandgutes oder der Hypothek weitere Vormerkungen erwirkt werden, welche in Folge der Rechtfertigung der Pränotation nicht entfallen, zumal sie allerdings neben anderen Hypotheken bestehen können; nur kann ein späteres Pränotirungs- oder Intabulirungsgesuch, wenngleich die Rechtfertigung früher erfolgt, oder die Intabulation früher bewirkt worden wäre, der im Grunde eines früheren Gesuches bewerkstelligten Pränotirung, wenngleich dieselbe erst später gerechtfertigt worden wäre, den Vorrang nicht abgewinnen, weil bei jeder Rechtfertigung das unbedingte Recht vom Zeitpuncte der Ueberreichung des Gesuches in ein bedingtes Recht übergeht, und von diesem Momente sich aller Wirkungen der Intabulation erfreut.

§. 135.

Der Vorrang gebührt vom Zeitpunct der Ueberreichung des Gesuches.

Daß unter mehreren Pränotationswerbern der Vorzug und die Priorität vom Zeitpuncte des überreichten Pränotationsgesuches ab-

hängig ist, und daß bei gleichzeitig überreichten Gesuchen eine Gemeinschaft eintritt, wurde gleichfalls erörtert, und ausführlich dargethan, daß auf diesen Vorzug nur der redliche Erwerber Anspruch machen könne.

§. 136.

Folgen der unterlassenen Rechtfertigung.

Wird eine Pränotation nicht gerechtfertigt, so ist dieselbe zufolge des Hfd. vom 27. März 1846 Nr. 451 Pr. 96 mit allen hierauf bewirkten Superpränotirungen und Intabulirungen zu löschen.

§. 137.

Gegen den Pränotirten sind Superpränotationen zulässig.

Unzweifelhaft ist es, daß gegen Denjenigen, welcher als Besitzer eines Gutes einverleibt ist, ungeachtet ein Anderer die Vormerkung des Eigenthumsrechtes erwirkte, noch weitere Einverleibungen und Vormerkungen bewilliget werden können, welche jedoch alle zu entfallen haben, sobald die erstere Vormerkung gerechtfertigt wird. Dagegen kann nach dem neuen Entwurfe einer Grundbuchsordnung (§. 22) gegen Denjenigen, welcher bloß die Vormerkung des Eigenthumsrechtes erwirkt hat, in so lange die Rechtfertigung nicht erfolgt und bücherlich eingetragen ist, eine weitere Einverleibung oder Vormerkung nicht stattfinden.

Dieser vorgeschlagenen Aenderung der bisherigen gesetzlichen Bestimmungen können wir nicht beipflichten, zumal sie auch anderweitigen gesetzlichen Vorschriften über provisorische Sicherstellungsmittel widerspricht, und dem Zwecke der Einführung der öffentlichen Bücher abträglich wäre. Was steht wohl im Wege, eine Superpränotation zu bewirken?

Der Vorgemerkte erhält zwar kein unbedingtes, wohl aber ein bedingtes Recht, welches durch die Rechtfertigung in ein unbedingtes übergeht. Dieses bedingte Recht vermag dem Superpränotirten allerdings Sicherheit zu gewähren, sobald es in der Folge durch die Justification in ein unbedingtes übergeht und der Superpränotirte auch seine Vormerkung gerechtfertiget haben wird. Es kann zwar ein Gläubiger seinen Schuldner nicht verhalten, daß er sich an die Gewähr schreiben lasse; ist dies aber geschehen, hat der Schuldner eine Pränotation erwirkt, so ist wahrlich nicht abzusehen, warum der Gläubiger nicht befugt sein sollte, durch eine Superpränotation auch für die

Sicherheit seiner Rechte Sorge zu tragen. Läßt man die Superpränotation nicht zu, so verfällt man in einen Widerspruch mit der Anordnung, daß gegen den einverleibten Eigenthümer ungeachtet einer bereits erwirkten Pränotation weitere Pränotirungen zulässig sind; denn wurde gegen den intabulirten Eigenthümer eine Pränotation des Eigenthumes erwirkt, so ist das Eigenthumsrecht des Einverleibten eben so problematisch wie das Eigenthumsrecht des Pränotirten. Das Recht des Einen und des Anderen ist davon abhängig, ob die Vormerkung gerechtfertiget wird oder nicht. Findet nun gleichwohl auf dieses in Zweifel gesetzte Recht des Intabulirten eine weitere Vormerkung statt, warum soll nicht auch auf das ebenfalls problematische Recht des Vorgemerkten eine Superpränotation stattfinden dürfen.

§. 138.

Ueber ein mangelhaftes Vormerkungsgesuch sind in der Regel keine Vorbescheide zulässig.

Im §. 438 des a. b. G. B. wird festgesetzt, daß nach erfolgter Rechtfertigung der Vorgemerkte von der Zeit des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches für den wahren Eigenthümer gehalten wird. Hieraus folgt, daß, wenn das Gesuch wegen Mangelhaftigkeit rückgestellt und sofort ein verbessertes Gesuch eingebracht wurde, das pränotirte Recht nicht vom Zeitpunct der Ueberreichung des ersten, sondern des zweiten Gesuches in ein unbedingtes übergehe.

§. 139.

Ausnahmen von dieser Regel.

Von dieser Regel scheinen jedoch die Grundbuchsverordnungen mannigfache Ausnahmen zu enthalten, insbesondere in dem Falle, wenn dem Gesuche die Originalurkunde nicht angeschlossen wurde. In diesem Falle wird, um die Rangordnung ersichtlich zu machen, im Grundbuche angemerkt „bis zur Einlangung des Originals“.

§. 140.

Im Falle der nachträglichen Vorlage des Originals gebührt der Vorrang nicht vom Tage der bewirkten Anmerkung, sondern vom Zeitpuncte des überreichten ersten Gesuches.

Ob die sofort bewilligte und gerechtfertigte Pränotation auch vom Zeitpuncte des ersten Pränotationsgesuches, oder aber vom Zeitpuncte der erfolgten Anmerkung ein unbedingtes Recht gewähre, dar-

über ist weder in den bisherigen Tabulargesetzen, noch auch im neuen Entwurfe eine klare Bestimmung enthalten. Nachdem jedoch zufolge des §. 438 des a. b. G. B. der Vorrang vom Zeitpuncte des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches gebührt, und dem Impetranten in den bezeichneten Fällen, in welchen es ihm nicht möglich ist, das Original beizubringen, weil es bereits bei der grundbücherlichen oder bei einer anderen Behörde sich befindet, gesetzlich gestattet ist, bloß eine Abschrift dem Gesuche beizulegen, so ist wohl ein derlei Gesuch, als nach gesetzlicher Ordnung eingereicht anzusehen, und die Priorität wird nicht erst vom Tage der bewirkten Anmerkung, sondern vom Zeitpuncte des überreichten Gesuches gebühren. Es ist also irrig, wenn im neuen Entwurfe §. 97 gesagt wird, daß die Anmerkung „bis zur Einlangung des Originals“ zu machen sei, um die Rangordnung ersichtlich zu machen. Diese Anmerkung erscheint keineswegs als das Beginnen der Priorität im Falle der gerechtfertigten Vormerkung, sondern zum Schutze dritter Personen, die ohne das Einreichungsprotokoll einzusehen, sich bei Eingehung der Geschäfte auf die grundbücherlichen Extracte verlassen *).

§. 141.

In wiefern über mangelhafte Pränotationsgesuche Vorbescheide mit Salvirung des Vorranges zulässig sein sollten.

Ist aber das Pränotationsgesuch in einer anderen Beziehung mangelhaft, so wäre ein derlei Gesuch keineswegs nach gesetzlicher Ordnung eingereicht, und die bewilligte Pränotirung im Grunde einer ergänzenden Eingabe könnte das Vorrecht erst von der Ueberreichung dieses zweiten Gesuches gewähren.

Nach einem uralten Gesetze, welches jedoch auch in die neueren Grundbuchsordnungen überging, sind in Tabularangelegenheiten Vorbescheide unzulässig, und die Gesuche müssen entweder bewilliget oder abgeschlagen werden. Diesem Grundsatze gemäß darf sonach bei keinem mangelhaften Gesuche die Partei mit Innehaltung der meritorischen Entscheidung angewiesen werden, die Mängel vorläufig zu ergänzen, die erforderlichen Vollmachten, Rubriken und dgl. anzuschließen. Mangelhafte Gesuche sind auch nach Weisung des §. 49 der Instruction für Böhmen und Mähren vom Jahre 1794 schlechtweg abzuweisen, und

*) Wir haben bereits bemerkt, daß es überhaupt vorgeschrieben werden sollte, Pränotationsgesuche gleichzeitig im Einreichungsprotokolle einzutragen, und im Grundbuche noch vor Erledigung des Gesuches anzumerken.

im Falle eines erneuerten Gesuches beginnt das Vorrecht vom Praes. dieses letztern. Nur bezüglich des mangelnden Originals ist eine Ausnahme in gewissen Fällen als zulässig erklärt worden.

Da nun gerade bezüglich des wesentlichsten Erfordernisses eines Pränotationsgesuches eine Ausnahme von der obigen Regel stattfindet, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch in anderen Fällen, in welchen die Originalurkunde angeschlossen wurde, aber anderweitige Mängel bemerkt werden, z. B. nicht alle Parteien benannt werden, an welche die Verständigung erfolgen soll, oder die nöthigen Vollmachten, die erforderliche Anzahl der Rubriken nicht angeschlossen werden, ein Zwischenbescheid gestattet sein sollte.

Meines Dafürhaltens wäre es dem Geiste der Gesetzgebung vollkommen entsprechend, lediglich den Mangel der Urkunde mit Ausnahme jener Fälle, in welchen die Gesetze die Beilage einer Abschrift gestatten, als wesentlichen Mangel zu bezeichnen; in allen übrigen Fällen aber die Partei zur vorläufigen Ergänzung des Mangelnden anzuweisen, und sofort die Partei die Priorität vom Zeitpuncte des überreichten mangelhaften Gesuches zu salviren. Ungeachtet der strengsten Vorschriften, Tabulargesuche mit thunlichster Beschleunigung zu erledigen, ist es vornehmlich bei großen Gerichtshöfen nicht möglich, der Partei unverweilt bekannt zu geben, aus welchen Gründen ihrem Tabulargesuche nicht willfahrt werden konnte. Dies erfährt sie erst in mehreren Wochen, nachdem mittlerweilen schon viele andere Pränotationsgesuche eingebracht wurden, wodurch ihr öfters ein uneinbringlicher Schade zugefügt wird, wenn die Priorität aus Anlaß eines mitunter sehr geringfügigen Uebersehens verloren geht, und der Vorrang erst vom Tage des überreichten zweiten ergänzten Gesuches beginnt.

In Berücksichtigung dieses bedauerlichen Uebelstandes pflegt man bei einigen Gerichten in der Praxis mitunter mit dem Grundsatze, daß keine Vorbescheide zu erlassen sind, es nicht so genau zu nehmen, und unförmliche Eingaben den Parteien zur Ergänzung binnen einer festgesetzten Frist rückzustellen. Es ist jedoch ein willkürliches Verfahren, wenn es auch noch so zweckdienlich und angemessen erscheint, immer beklagenswerth, und daher zu erwarten, daß im Wege der Gesetzgebung dieser schwankenden Praxis gesteuert und festgesetzt werden dürfte, in welchen Fällen auch Vorbescheide zulässig und die Parteien salva prioritate anzuweisen sind, binnen einer bestimmten Frist die bemerkten Mängel zu ergänzen.

§. 142.

Durch Wiedereinsetzungsgesuche wird der Vorrang nicht erhalten.

Das Hfd. vom 8. Jänner 1795 Nr. 213 verfügt, daß in Tabularsachen eine erwirkte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den mittlerweiligen Vormerkungen nie zum Nachtheile gereichen und der Regel keinen Abbruch thun könne, daß das Vorrecht Demjenigen gebühre, der die frühere Vormerkung angesucht und erwirkt hat.

§. 143.

Wirkung der gelöschten Vormerkung.

Die Vormerkung wird gelöscht, entweder wegen unterlassener Rechtfertigung oder im Grunde des über die Rechtfertigungsklage erfolgten abweislichen rechtskräftigen Urtheiles. Eine gelöschte Vormerkung kann zwar über Begehren des Gläubigers neuerlich pränotirt werden, in einem solchen Falle ist jedoch zufolge Hfd. vom 20. Juni 1818 Nr. 1468 das durch die frühere Vormerkung erworbene bedingte Pfand- und Vorrecht verloren, und aller Anspruch auf Vergütung der durch diese erste Pränotirung veranlaßten Kosten erloschen. Auch wenn die Löschung in Folge eines abweislichen Urtheiles erfolgt ist, verbietet kein bisheriges Gesetz, neuerdings um die Pränotation einzuschreiten. Der neue Entwurf hat jedoch im §. 48 die Bestimmung aufgenommen: „Wird die Vormerkung durch ein rechtskräftiges Urtheil für unzulässig erklärt, oder in Folge der unbedingten Verzichtleistung Desjenigen, welcher sie erwirkt hatte, gelöscht, so ist jede in der Folge auf Grund der nämlichen Urkunde neuerlich angesuchte Vormerkung desselben Rechts entweder von Amtswegen abzuschlagen, oder sobald der Gegner die frühere Verhandlung anzeigt, wieder aufzuheben."

Auch diese Bestimmung wäre meines Dafürhaltens nicht zu rechtfertigen; denn im Allgemeinen ist es wohl gestattet, im Grunde einer glaubwürdigen Urkunde die Vormerkung zu erwirken, welche Beweiskraft eben so wenig dadurch, daß die Rechtfertigung unterlassen, als dadurch, daß sie ungenügend befunden wurde, verloren geht.

Das abweisende Endurtheil liefert in der Regel nur den Beweis, daß gegen die beigebrachte Urkunde entscheidende Einwendungen vorgebracht wurden, z. B. die exceptio non numeratae pecuniae, nach deren Erweisung der Impetrant ungeachtet der beigebrachten glaubwürdigen Urkunde sachfällig werden mußte. Bezüglich dieser Einwendungen kann jedoch ein Versehen Seitens des Rechtsfreundes unter-

laufen sein, in Folge dessen mitunter ein Urtheil in contumaciam erfloß. Wenn nun der Impetrant allerdings berechtiget ist, die Wiedereinsetzung zu verlangen, so ist nicht abzusehen, warum es ihm nicht gestattet werden sollte, nachdem in Gemäßheit des obbezogenen Hfd. vom 20. Juni 1818 Nr. 1468 der Vorrang vom Tage des überreichten ersten Gesuches entfällt, ein neuerliches Pränotationsgesuch zu überreichen, zumal er auch diesmal eine der Vorschrift des §. 438 des a. b. G. B. entsprechende Urkunde beilegt.

§. 144.

Die Tabularersitzung beginnt nicht vom Tage des überreichten Vormerkungsgesuches.

Die Ersitzung beginnt vom Tage der Intabulation oder vom Tage der eingetragenen Rechtfertigung der Pränotation, nicht aber vom Tage der Einreichung des Pränotationsgesuches; denn die Rechtfertigung, wie aus dem Schlußabsatze des §. 438 zu ersehen ist, äußert nur bezüglich des Vorranges eine Rückwirkung; auch ist in den die Ersitzungszeit bestimmenden Paragraphen überall nur von der Einverleibung die Rede; unter Einverleibung ist aber in Gemäßheit des §. 431 des a. b. G. B. nur die Intabulation zu verstehen.

Eine andere Wirkung hat die Pränotation wegen nicht erwiesener persönlicher Fähigkeit des Erwerbers. Hier tritt der frühere Besitzer gleich aus dem Besitze (Hfd. vom 10. Jänner 1812).

Dritter Theil.

Rechtswirkungen der grundbücherlichen Anmerkungen.

§. 145.

I. Allgemeine Bestimmungen.

Die grundbücherlichen Anmerkungen dienen entweder dazu, um Demjenigen, zu dessen Gunsten sie bewirkt werden, gewisse Vortheile zuzuwenden, dritten Personen die Berufung auf die Redlichkeit der Erwerbung zu benehmen, von der keine Rede sein kann, sobald die in den öffentlichen Büchern ersichtliche Anmerkung darauf aufmerksam machen mußte, daß über das Recht ein Streit erhoben, daß Anderen bereits ein Vorrecht zugesagt wurde u. dgl., oder sie dienen lediglich dazu, dritte Personen zu warnen, daß der intabulirte Eigenthümer oder Gläubiger minderjährig ist, unter Curatel steht u. dgl., daß man sonach mit ihm kein verbindliches Geschäft eingehen könne.

§. 146.

II. Wirkung der Anmerkung der Streitanhängigkeit.

Die Wirkung dieser Anmerkung richtet sich nach dem Erfolge des Streites. Wird dieser Streit zu Gunsten des Klägers rechtskräftig entschieden, so kann er mit dem Urtheile im Executionswege verlangen, daß das unbewegliche Gut oder die Satzpost in jenem Tabularstande, in welchem sich dieselben zur Zeit der bewirkten Anmerkung befunden haben, mithin unter gleichzeitiger Löschung aller etwa seither dem Geklagten gegenüber stattgefundenen Veränderungen oder Belastungen, auf seinen (des Klägers) Namen einverleibt werde, oder daß, wenn die Klage auf Löschung einer Satzpost gerichtet war, nicht nur diese Satzpost, sondern gleichzeitig auch alle seit der Anmerkung dem Geklagten gegenüber etwa vorgekommenen Veränderungen oder Belastungen gelöscht werden.

§. 147.

Die Anmerkung der Streitanhängigkeit dient nicht nur zur Warnung, sondern ist in einer Beziehung der Pränotation gleich zu achten.

Wird diese Anmerkung unterlassen, so hat die Partei sich alle mittlerweiligen Vormerkungen und Intabulationen gefallen zu lassen, und wird des Vorzuges oder Vorranges erst vom Zeitpuncte des überreichten Pränotations- oder Intabulationsgesuches theilhaftig. Hat aber die Partei um die Anmerkung des Streites angesucht, dann können ihr in Gemäßheit des Hfd. v. 27. März 1846 alle später angesuchten Vormerkungen und Intabulirungen nicht mehr nachtheilig sein.

Einen weiteren Vortheil erlangt man durch diese Anmerkung keineswegs, insbesondere nicht den Vortheil, daß auch die Einträge vom Zeitpuncte des Anmerkungsgesuches bis zur wirklichen Anmerkung entfallen, indem der im bezogenen Hfd. gebrauchte Ausdruck: „später" sich offenbar auf die bereits bewirkte Anmerkung bezieht *). Die früheren Einträge entfallen nur dann, wenn die Eingetragenen hinsichtlich der Giltigkeit derselben, wie wir bereits dargestellt haben, sich nicht im guten Glauben befunden haben.

Daß diese Anmerkung keineswegs eine gleiche Wirkung mit der Pränotation haben könne, ist auch daraus zu ersehen, daß zur Erwirkung dieser Anmerkung nichts weiter erforderlich ist, als der Ausweis über die angestrengte Klage; während behufs der Willfahrung einer Vormerkung, nach §. 458 des a. b. G. B., eine beweiskräftige Urkunde angeschlossen werden muß. In der Regel wird wohl die Partei, die einen Tabular-Rechtsstreit beginnt, die Pränotation sogleich bei der Ueberreichung der Klage, oder noch früher, ansuchen, und dann bedarf es wohl keiner abgesonderten Anmerkung des Streites. Allein nicht jeder Kläger vermag seinen Anspruch mit einer beweiskräftigen Urkunde zu rechtfertigen; öfters beruft er sich bloß auf Zeugen, und mitunter muß er sich auf die Auftragung des Haupteides beschränken. In diesem Falle bleibt ihm wohl nichts anderes übrig, als durch die Anmerkung der Klage zu bewirken, damit wenigstens vom Zeitpuncte der Anmerkung bis zur Austragung des Processes und sofortiger Einverleibung ihm Niemand zuvorkomme, und das streitige Gut kaufe oder belaste.

---

*) Siehe die entgegengesetzte Ansicht von Dr. Außez Handbuch über Tabularverfahren. Klagenfurt, 1857, S. 20.

Die Anmerkung des Streites im Grunde der überreichten Klage kann wohl füglich nicht versagt werden; denn, wenngleich es dem Eigenthümer nicht ganz gleichgiltig ist, ob dergleichen Anmerkungen, und mitunter über ein ganz unbegründetes Begehren, stattfinden, so mußte doch andererseits in Betracht gezogen werden, daß man die gerechtesten Ansprüche durch die Versagung dieser Anmerkung vereiteln würde, wogegen durch die Bewilligung derselben nur für den Fall, wenn der Kläger rechtskräftig sachfällig wurde, das Recht des Belangten ungerechtfertigter Weise durch die Dauer des Rechtsstreites in Zweifel gezogen ward.

§. 148.

III. Wirkung der Anmerkung der pfandrechtlichen Rangordnung.

Die bücherliche Anmerkung der pfandrechtlichen Rangordnung ist für das aufzunehmende Darlehen nur auf 60 Tage wirksam (kais. Vdg. v. 12. August 1851, Nr. 184 R. G. B. und J. M. Vdg. v. 4. August 1859, Nr. 147 R. G. B.).

Diese Frist läßt weder eine Erstreckung, noch die Einsetzung in den vorigen Stand zu.

Auf Grund der Schuldurkunde und des Anmerkungsgesuches findet die Einverleibung des Pfandrechtes für das Darlehen in der angemerkten Rangordnung statt, wenn das Einverleibungsgesuch innerhalb der in der bücherlichen Anmerkung ausgedrückten Frist bei der Tabularbehörde eingereicht worden ist. Unter dieser Voraussetzung findet die Einverleibung in der angemerkten Rangordnung auch dann statt, wenn indessen die mit der Anmerkung befangene Realität des Schuldners in den bücherlichen Besitz eines Dritten übergegangen wäre.

Im Grunde der obbezogenen Verordnung findet auch eine vorläufige Anmerkung der Cessionen statt.

§. 149.

IV. Wirkungen der Anmerkung des Belastungs- und Veräußerungs-Verbotes.

Das Verfügungsrecht kann dadurch nicht beschränkt werden, daß im Darlehensvertrage die clausula non onerandi beigefügt wurde (§. 1371 des a. b. G. B.).

Wenn dieses Verbot in einem anderen Vertrage oder in einer letztwilligen Erklärung, wodurch das Eigenthum des Gutes auf eine dritte Person übertragen wird, angesetzt erscheint, dann ist sie für den Erwerber allerdings bindend (§§. 709—712, 901 des a. b. G. B.).

Das Veräußerungsverbot bindet nur den unmittelbaren Uebernehmer (§. 702), und schließt das Recht, über die Sache zu testiren, nicht aus (§. 610). In wiefern dieses Verbot auch den Erben giltig auferlegt werden könne, ist aus der Anordnung des §. 612 a. b. G. B. zu ersehen.

Die clausula non onerandi begreift auch die clausula non alienandi in sich, und umgekehrt; weil widrigens der Wille des Uebertragers leicht umgangen werden könnte, und im Zweifel nach §. 914 auch für Verträge die im §. 6 aufgestellte Auslegungsregel gilt.

§. 150.

V. Wirkung der Anmerkung abschlägiger Bescheide.

Bereits in der Instruction für die böhm. mähr. Landtafel vom Jahre 1794, §. 49, wurde festgesetzt, daß, in wiefern ein abschlägiger Bescheid über ein Pränotirungs- oder Intabulirungsgesuch durch einen späteren Beschluß derselben Behörde, oder des höheren Richters, abgeändert, und die Pränotation oder Intabulation bewilliget wird, die Partei das Vorgangsrecht nach dem Präsentatum auch vor dem in der Zwischenzeit vorgemerkten Gläubiger (in wiefern sie unter einem späteren Präsentatum die Pränotation angesucht hätten) erlangt. Sollte aber eine Partei mit ihrem Pränotirungs- oder Intabulationsgesuche bloß deßhalb abgewiesen werden, weil sie solches nicht vorschriftmäßig eingerichtet hat, so wird auf den Fall, wenn sie in ihrem weiteren Gesuch das abgängige ergänzt, und die Einverleibung alsdann bewilliget wird, nicht das erste, sondern das zweite verbesserte Gesuch nach seinem Präsentatum und Numero Exhibitum in das Hauptbuch eingetragen.

Dasselbe setzt auch das Patent v. 14. Februar 1804, Nr. 652 fest. In Folge dieser Verordnungen wird der Vorrang salvirt, ohne Unterschied, ob der abschlägige Bescheid angemerkt wurde, oder nicht. Wenn gleichwohl die Anmerkung des abschlägigen Bescheides verordnet wird, so geschieht dies nicht in der Absicht, die Prioritätsrechte des Pränotationswerbers zu wahren, sondern bloß deßhalb, um die nachfolgenden Gläubiger, welche sonst im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher Schaden leiden könnten, aufmerksam zu machen, daß ein Intabulations- oder Pränotationsgesuch in Verhandlung schwebt, welches im Falle der Bewilligung in 2. Instanz dem nachfolgenden Gläubiger das Vorrecht abgewinnen würde.

§. 151.

Was ist Rechtens, wenn diese Anmerkung aus Verschulden des Tabularrichters oder des Grundbuchsamtes unterlassen wurde?

Im Patente vom 14. Februar 1804 wird gesagt: „Auf den Fall, daß die angesuchte Intabulation oder Pränotation von dem Landrechte abgeschlagen wird, ist eine gesetzliche Vorsehung in zweifacher Rücksicht nothwendig; erstens, damit die abgewiesene Partei, die von dem Oberrichter über an denselben genommenen Recurs die Bewilligung vielleicht erwirket, in dem ihr von der Zeit des ersten Gesuches zustehenden Vorgangsrechte nicht beeinträchtiget werde; zweitens, damit auch Diejenigen an dem landtäflich erworbenen Pfandrechte und der Priorität nicht zurückgesetzt werden, welche in der Zwischenzeit dieses hängenden Recurses im Zutrauen auf die landtäflichen Hauptbücher auf das nämliche landtäfliche Corpus darleihen, und sich dann ein Pfandrecht erwerben. Zu diesem Ende soll jeder abschlägige landtäfliche Bescheid angemerkt werden."

Der erste Absatz scheint zu der Annahme zu berechtigen, daß, wenn die Anmerkung des abschlägigen Bescheides unterlassen wurde, Derjenige, welcher in zweiter Instanz die Intabulations- oder Pränotationsbewilligung erwirkt, dem mittlerweilen pränotirten Gläubiger nachzusetzen sei.

Dagegen ist es aus dem zweiten Absatze ersichtlich, daß die fragliche Anmerkung nur zu dem Behufe zu geschehen habe, damit Diejenigen, welche in der Zwischenzeit ein Pfandrecht erworben haben, ungeachtet des Vertrauens auf die öffentlichen Bücher, keinen Nachtheil erleiden; woraus folgt, daß sie jedenfalls Demjenigen, der in zweiter Instanz in der Folge die Pränotations- oder Intabulationsbewilligung bewirkte, nachzusetzen sind. Durch die vorgeschriebene Anmerkung beabsichtigte die Gesetzgebung sonach nur die Beseitigung eines unverschuldeten Schadens Desjenigen, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, in welchen er keine Anmerkung vorfand, „daß ein Dritter bereits eine Pränotation oder Intabulation ansuchte, ihm sonach nach erwirkter Bewilligung in zweiter Instanz vorgesetzt werden könnte," ein Pfandrecht erwarb. Diese Anmerkung abschlägiger Bescheide ist daher nur deßhalb angeordnet worden, damit Niemand durch die Einsicht der öffentlichen Bücher irregeführt werde, und hat nur zur Warnung der nachfolgenden Gläubiger zu dienen.

Als Bedingung der Aufrechthaltung des Prioritätsrechtes Desjenigen, der in erster Instanz einen abschlägigen Bescheid erhielt, kann

diese Anmerkung schon deßhalb nicht angesehen werden, weil in derselben Verordnung (Art. 5) im Allgemeinen festgesetzt wird, daß im Falle der Bewilligung der Intabulation oder Pränotation, die Post ihr Vorgangsrecht von dem Tage, da das erste Gesuch eingereicht worden ist, erhält.

Daß die frühere Ueberreichung des Gesuches bezüglich der Priorität stets maßgebend ist, und zwar ohne Unterschied, ob der in erster Instanz ergangene abschlägige Bescheid bereits angemerkt wurde, oder nicht, ist wohl auch bezüglich der Intabulation aus der Bestimmung des §. 440 des a. b. G. B., und bezüglich der Pränotation aus der Festsetzung der §§. 438 und 445 zu ersehen.

Aus allen diesen Gesetzesstellen ist ersichtlich, daß bei Fragen über die Priorität stets die frühere Ueberreichung des Gesuches ohne alle Rücksicht auf landtäfliche Anmerkungen maßgebend ist.

Wer hat den Nachtheil zu verantworten, welcher in Folge der unterlassenen Anmerkung des abschlägigen Bescheides entstanden ist?

Eine dergleichen Unterlassung verdient wohl eine strenge Rüge des schuldtragenden Beamten; zum Schadenersatz kann er jedoch nicht verhalten werden, nachdem, wie eben dargestellt worden ist, diese Anmerkung bezüglich des Vorranges gar keinen Einfluß übt, und dieser vom Präsentatum des überreichten Gesuches abhängig gemacht wird. Es kann sonach der spätere Gläubiger nicht geltend machen, daß er durch die unterlassene Anmerkung irre geführt wurde, und nur deßhalb unverschuldet einen Schaden erleide. Das Verschulden des späteren Gläubigers liegt jedenfalls darin, daß er sich bei Eingehung des Geschäftes im Protocolle nicht überzeugte, ob nicht etwa bereits anderweitige Pränotations- oder Intabulationsgesuche überreicht wurden. Ist die Entscheidung über ein Tabulargesuch in erster Instanz noch gar nicht erfolgt, sonach noch gar keine Anmerkung im Grundbuche bewirkt worden, so kann sich ein späterer Gläubiger, im Falle dem erwähnten ersteren Pränotationsgesuche in der Folge willfahrt wurde, unzweifelhaft nicht darauf berufen, daß er bei Schließung des Geschäftes durch die Einsicht des Grundbuches irre geführt wurde, sonach einen unverschuldeten Schaden erleide. Er wird gegen Niemanden einen Regreß haben, welcher sonach auch dann ihm nicht zugesprochen werden könnte, wenn der abschlägige Bescheid nicht angemerkt wurde, weil er auch in diesem Falle wissen mußte, daß er Gefahr laufe, sein Prioritätsrecht nicht zu erlangen, falls ein Dritter vor ihm um die In-

tabulation oder Pränotation ansuchte. Erleidet er sonach einen Schaden, so hat er diesen nicht der unterlassenen Anmerkung, sondern seinerseits der unterlassenen Einsicht in das Einreichungsprotokoll beizumessen *).

§. 152.

VI. Rechtswirkung der Anmerkung der Sequestration.

Diese Anmerkung hindert den Eigenthümer nicht, über sein Vermögen zu verfügen. Dagegen ist es zweifelhaft, ob er das sequestrirte Gut vermiethen, verpachten, und Bestandverträge aufkündigen darf, weil er dadurch die Gläubiger, zu deren Gunsten die Sequestration stattfand, leicht verkürzen könnte. Gewöhnlich wird angenommen, daß der Sequester nur das Recht habe, das Einkommen zu beziehen, daß aber der Eigenthümer allerdings des Rechtes der Verpachtung durch die Sequestration nicht verlustig werde. Es wird aber dem Sequester das Recht nicht streitig gemacht, einen nachtheiligen Bestandvertrag zu kündigen. Der Sequester ist aber nicht berechtiget, auf längere Zeit einen Bestandvertrag einzugehen; wenigstens ist dieser Vertrag über die Dauer der Sequestration hinaus für den Eigenthümer nicht bindend.

Wenn der Sequester gleichwohl einen derlei Vertrag abschließt, und um die Pränotation angesucht wird, so kann der Tabularrichter

*) De lege ferenda kann nicht unbemerkt gelassen werden, daß die Abhängigmachung des Vorrechtes nicht von der früheren Eintragung in die öffentlichen Bücher, sondern von dem früheren Präsentatum des Tabulargesuches hemmend auf den Verkehr einwirkt, und das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher nicht wenig abschwächt. Andererseits hat die Gesetzgebung wohlweislich das Prioritätsrecht nicht von der früheren Eintragung in dem Grundbuche abhängig machen können, wodurch die wichtigsten und belangreichsten Rechte der Willkür, der Gunst oder Ungunst des Richters preisgegeben werden würden. Um sonach das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher nicht zu schwächen, das doppelte Durchsuchen der öffentlichen Bücher und des Einreichungsprotokolles den Parteien zu ersparen, und den im §. 443 des a. b. G. B. aufgestellten Grundsatz: „nur wer die öffentlichen Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit," zur vollen Geltung zu bringen, dürfte es wohl angemessen erscheinen, in allen Grundbuchssachen ein abgesondertes Einreichungsprotocoll nicht beim Gerichtshofe, sondern beim Grundbuchsamte selbst durch den Vorsteher des Grundbuchsamtes führen zu lassen, und demselben die Verpflichtung aufzuerlegen, jede Eingabe auch an der betreffenden Stelle im Grundbuche vorzumerken und der Partei auf ihr Verlangen sogleich die Bestätigung über die erfolgte Ueberreichung und bewirkte Anmerkung im Grundbuche mit Ansetzung der Positionalzahl hinauszugeben.

dieses Gesuch nicht zurückweisen, weil ein derlei Vertrag nicht zu den verbotenen gehört, und weil es erst im Rechtswege auszutragen sein wird, in wiefern dieser Vertrag in Kraft erhalten werden könne.

Ein vom Eigenthümer abgeschlossener Pachtvertrag kann gleichfalls pränotirt werden, weil dem Tabularrichter aus der Anmerkung der Sequestration nicht ersichtlich ist, daß dem Eigenthümer das Verwaltungsrecht, sonach auch das Recht, Bestandverträge einzugehen, oder dieselben aufzukündigen, benommen ist; und die Frage, ob und inwiefern ein derlei Vertrag über Einwendungen des Sequesters aufzuheben ist, gleichfalls im Rechtswege ausgetragen wird.

§. 153.

VII. Anmerkung der Hypothekarklage.

Die Wirkungen dieser Anmerkung wurden bereits im §. 60 erörtert. Hier wollen wir zum Schluße nur noch die sehr belangreiche Frage besprechen: was und von wem in der Hypothekarklage zu beweisen ist.

Wird in Gemäßheit des §. 461 des a. b. G. B. eine Klage überreicht, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Gläubiger über die Forderung und das erlangte Pfandrecht nebst dem angeschlossenen Grundbuchsauszug keinen weiteren Beweis zu führen habe, da beides bereits durch den Grundbuchsauszug erwiesen wird.

Zur Erwirkung der Feilbietung ist aber nach §. 461 des a. b. G. B. noch ein dritter und vierter Factor erforderlich. Es muß die Forderung bereits fällig, und die fällige Forderung nicht gezahlt sein. Den ersteren Umstand hat der Kläger zu beweisen, und zwar nicht nur deßhalb, weil er auf die behauptete Fälligkeit sein Klagerecht stützt, sondern weil für die Fälligkeit keine rechtliche Vermuthung streitet, daher er nach Vorschrift der Gerichtsordnung die behauptete Thatsache der Fälligkeit zu erweisen verpflichtet ist.

Die vom Kläger behauptete Thatsache der nicht erfolgten Befriedigung, bildet wohl auch einen Hauptgrund seines Klagbegehrens. So lange aber der Gläubiger den Schuldschein in Händen hat, streitet im Sinne des §. 1428 des a. b. G. B. die rechtliche Vermuthung gegen den Schuldner, daß er die Zahlung nicht geleistet habe, und derselbe wird von der Last des Beweises der bereits erfolgten Rückzahlung nur dann befreit, wenn er den Schuldschein zurückerhalten hat, indem der §. 1428 die Bestimmung enthält: „der zurückerhaltene Schuldschein ohne Quittung gründet für den Schuld-

ner die rechtliche Vermuthung der geleisteten Zahlung; er schließt aber den Gegenbeweis nicht aus." Der Kläger hat sonach in diesem letzteren Falle, wenn die geleistete Zahlung auf Grund des zurückerhaltenen Schuldscheines eingewendet wird, allerdings den Beweis der gleichwohl nicht erfolgten Befriedigung zu führen.

Dieser Beweis liegt dem Kläger um so mehr dann ob, wenn der belangte Schuldner nicht nur im Besitze des Schuldscheines, sondern auch einer Quittung wäre. Denn die Stelle des bezogenen Paragraphen: „er schließt aber den Gegenbeweis nicht aus," bezieht sich zwar nur auf den im Vordersatze ausgesprochenen Fall, wenn der Schuldschein zurückgestellt, aber keine Quittung ausgefertiget wurde, sie gilt aber offenbar nicht nur in dem Falle, wenn der Schuldner lediglich im Besitze des Schuldscheines ist, und sonach die rechtliche Vermuthung der geleisteten Zahlung für ihn streitet, sondern auch dann, wenn der Schuldner überdies im Besitze einer Quittung ist, und sonach bereits Beweise der geleisteten Zahlung in Händen hat, zumal jedem Beweise ein Gegenbeweis entgegnet werden kann, und der Fall sich wohl oft ereignen mag, daß dem Schuldner, welcher vorschützt, die Zahlung leisten zu wollen, Schuldschein und Quittung zugeschickt werden, ohne daß die Zahlung wirklich erfolgt. Den Beweis der nicht erfolgten Rückzahlung hat sonach bald der Kläger, bald der Geklagte zu führen, je nachdem für den Letzteren die Vermuthung der erfolgten Befriedigung des Gläubigers streitet, oder nicht.

Wie oben bemerkt wurde, hat der Kläger die Richtigkeit der Forderung und die Fälligkeit derselben zu erweisen. Wird aber der diesfalls geführte Beweis angefochten, so ist behufs der Lösung der Frage, wer den weiteren Beweis zu führen habe, in die Natur des gebrauchten Beweismittels einzugehen.

Sind als Beweise Urkunden vorgelegt worden, so ist zwischen öffentlichen und Privaturkunden zu unterscheiden.

Bezüglich der öffentlichen Urkunden wird im §. 179 der gal. G. O. festgesetzt: den öffentlichen Urkunden ist in Ansehung des Factums, worüber sie errichtet worden sind, voller Glaube beizumessen.

Bestimmter spricht sich hierüber die Civ. P. O. für Ungarn und Siebenbürgen, §. 113, aus: „Oeffentliche Urkunden haben hinsichtlich der Thatsachen, worüber sie gesetzmäßig ausgefertiget worden sind, volle Beweiskraft. Wer sie als unecht oder gesetzwidrig bestreiten will, muß darüber den Beweis führen.

Den öffentlichen Urkunden werden zufolge der Notariatsordnung

vom 21. Mai 1855, Nr. 94 R. G. B., §. 42, auch Notariatsurkunden beigezählt.

Privaturkunden haben jedoch nur dann volle Beweiskraft, wenn sie nach den Gesetzen für anerkannt zu halten sind, oder die Echtheit derselben dargethan wird (§. 117 der Civ. P. O. für Ungarn und Siebenbürgen).

Beruft sich dennoch der Kläger auf eine öffentliche Urkunde, so hat, deren Echtheit mag widersprochen werden oder nicht, stets der Belangte, wenn er irgend eine Einwendung erhebt, den Beweis zu führen.

Stützt aber der Kläger seine Forderung auf eine Privaturkunde, deren Echtheit widersprochen wird, so liegt ihm nach §. 207 der gal. G. O. der Beweis der Echtheit ob. Dieser Beweis kann allenfalls durch Auftragung des Diffessionseides geführt werden.

Die häufig vorkommende Einwendung der Unechtheit der Urkunde und der nicht erfolgten Zahlung, haben wir in einer abgesonderten Abhandlung besprochen.

Druck v. Karl Winternitz & Co. in Wien.

Häusler,

Füger, Max

Systematische Darstellung der Rechtswirkungen der Einträge in die ö
ffentlichen Bücher nach den Grundsätzen des österreichischen allgemeinen bü
rgerlichen Gesetzbuches

Wien 1865